

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186
E A EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

RODRIGO MACHADO FONSECA

Matricula 09/48586

BRASÍLIA – MARÇO/2013

RODRIGO MACHADO FONSECA

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186
E A EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

BRASÍLIA – MARÇO/2013

RODRIGO MACHADO FONSECA

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 186
E A EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Orientador

Professor Doutorando Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Paulo Henrique Blair
Membro da Banca Examinadora

Professor Mamede Said Maia Filho
Membro da Banca Examinadora

*Aos meus pais, pela presença que sempre me
motiva.*

Agradeço:

Aos meus pais, pelo amor e pelo carinho incondicionais durante toda minha vida.

Aos mestres, pelo auxílio imprescindível nesta longa jornada.

Aos meus amigos, por me terem feito crescer.

A Deus, por tudo.

RESUMO

No controle de constitucionalidade, a utilização de audiências públicas pelo Poder Judiciário exige que se harmonize a tensão existente entre o caráter contra-majoritário da atividade judicial e a configuração majoritária do debate público. O presente estudo analisa a legitimidade atribuída à atuação do Poder Judiciário e os fundamentos que fornecem alicerce teórico para as audiências públicas, propondo que o debate público perante órgãos judiciais deve respeitar os requisitos básicos da jurisdição, quais sejam a imparcialidade do julgador, a inafastabilidade do julgamento e a indisponibilidade do direito a ser aplicado. Ademais, é feita análise da audiência pública vinculada à ADPF nº 186 e ao RE nº 597.285/RS, elaborando-se "perfil" dos *amici curiae* admitidos pelo Supremo Tribunal Federal e concluindo-se, diante da comparação entre o Voto exarado pelo Ministro Relator e as notas taquigráficas fornecidas, que a audiência pública realizada não propiciou a desejada aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil e não foi utilizada da forma mais adequada para servir de instrumento de informação e de convencimento dos magistrados.

Palavras-chave: ADPF nº 186 – RE nº 597.285/RS – audiências públicas – efetividade das audiências públicas – Supremo Tribunal Federal – estudo de casos – "perfil" dos *amici curiae*

SUMÁRIO

Introdução.....	8
Capítulo 1 A legitimidade do Poder Judiciário como último intérprete do Direito.....	10
Capítulo 2 As audiências públicas.....	24
Capítulo 3 Estudo da ADPF nº 186 e do RE nº 597.285/RS.....	42
Capítulo 4 Conclusão sobre a efetividade das audiências públicas.....	85
Referências.....	91
Anexo A.....	92

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e de diversos outros diplomas legais, as audiências públicas passaram a integrar, definitivamente, o ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, as audiências foram adotadas pelo Congresso Nacional e por alguns órgãos do Poder Público, sendo realizadas com o intuito aproximar os Poderes Legislativo e Executivo da sociedade civil. Após a edição das Leis n^{os} 9.868 e 9.882, as audiências públicas também se integraram ao funcionamento do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, órgão cuja atuação recebe maior destaque no Estado Constitucional de Direito brasileiro. Destarte, os juízes poderiam, a fim de melhor compreenderem a controvérsia, realizar debates públicos antes de prolatar sentenças. Entretanto, a tensão existente entre o caráter atualmente contra-majoritário da judicatura e a formulação majoritária da audiência pública exige abordagem mais completa do tema.

A fim de se harmonizarem o objetivo das audiências públicas – que é aproximar o Estado da sociedade civil – e o caráter contra-majoritário do Poder Judiciário, é preciso analisar (1) a legitimidade atribuída à atividade judicial e (2) a estruturação e o funcionamento das audiências públicas como instituto jurídico previsto no ordenamento brasileiro. É, com efeito, somente a partir dessa análise, que será objeto dos dois primeiros capítulos, que se poderão transformar as audiências públicas em instrumento de efetivo auxílio do Poder Judiciário brasileiro.

É necessária, ademais, a análise do funcionamento prático das audiências públicas, isto é, descobrir se elas, na praxis jurídica brasileira, realizam o fim para o qual foram adotadas. Desse modo, tentará estabelecer-se, no terceiro capítulo, em que medida as audiências públicas permitem, de fato, a aproximação entre o Estado e a sociedade civil, proporcionando a tomada de decisão jurídica ou política melhor situada no contexto histórico-social. A análise se pautará, com efeito, pela comparação do conteúdo discursivo-argumentativo produzido durante a audiência pública e a fundamentação fornecida pelo Poder Judiciário para resolver a questão constitucional suscitada na ADPF n^o 186 e no RE n^o 597.285/RS. Em outras palavras: comparar-se-ão o que os *amici curiae* perante o Supremo Tribunal Federal, segundo consta das notas taquigráficas por este disponibilizadas na *internet*, e o que o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Relator, cuja presença era compulsória durante a audiência pública realizada, utilizou como *ratio decidendi* em seu voto. Ao final, concluir-se-á se houve, ou não, ressonância ou convergência argumentativa

entre os *amici curiae* e o Ministro Relator, extraindo-se daí conclusões acerca da efetividade, ou não, da audiência pública como instrumento de informação e de convencimento dos magistrados.

Adicionalmente, construir-se-á "perfil" dos *amici curiae* admitidos, pois tão importante quanto saber o conteúdo dos debates realizados durante a audiência pública é saber quais foram os grupos sociais que tiveram oportunidade de se manifestar. Afinal, a composição desequilibrada dos *amici curiae* pode desvirtuar a audiência pública, transformando esta em espaço de debate distanciado da característica contra-majoritária do controle de constitucionalidade. Desse modo, a efetividade da audiência pública depende da prudente composição dos *amici curiae*, o que se há de analisar também no terceiro capítulo.

Por fim, chegar-se-á, no quarto capítulo, à conclusão da pesquisa, sintetizando-se os pontos de maior interesse e reafirmando-se os resultados obtidos.

CAPÍTULO 1 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO COMO ÚLTIMO INTÉRPRETE DO DIREITO

Indubitavelmente, a superação do Estado absolutista, propiciada pelas Revoluções Liberais do final do século XVIII, causou profundas modificações na conjectura política e na experiência jurídica ocidentais. Não é por mero acaso que a tradição constitucionalista e a estrutura do atual Estado democrático de Direito muito herdaram das formulações teóricas posteriores ao fim do Absolutismo. É necessário, contudo, melhor investigar o verdadeiro significado das alterações trazidas pelo advento do Estado Liberal de Direito para a hermenêutica constitucional e para a atuação do Poder Judiciário como principal intérprete da Constituição. Isso porque, como há de se observar, as mudanças ocorridas na experiência jurídica transformaram em contra-majoritária a antiga legitimidade democrático-majoritária conferida ao Poder Judiciário, o que constitui aspecto central da tensão entre a atividade judicial e as audiências públicas.

A princípio, é fundamental destacar o que, muito provavelmente, configura a maior mudança pela qual passou a estrutura do Estado: a transferência do poder concentrado no monarca para a burguesia ascendente. Como se sabe, a maior parte da autoridade política e jurídica, durante o Absolutismo, estava concentrada no rei, ao qual cabia atuar em nome do Estado, legislando, julgando e aplicando leis (SUNDFELD, 2008, p. 34). Não é surpreendente, por conseguinte, que os poucos atos normativos existentes no *Polizeistaat* fossem editados sob exclusiva supervisão do déspota, o detentor da soberania (MENDES, 2009, pp. 66-67). Logo, a legalidade do Estado absolutista dependia, primordialmente, da atuação de um único homem, o monarca, cuja autoridade jurídica e legiferante se alicerçava em bases essencialmente jusnaturalistas.

Contudo, as concepções político-filosóficas da burguesia ascendente, já cansada dos abusos inerentes à concentração de poder no déspota, exigiam que a atuação estatal se pautasse não mais pela *voluntas regis*, senão pela lei, concebida como ato normativo editado pelo Parlamento, órgão instituído com o precípua objetivo de concretizar a vontade geral. Afinal, o cerne da idéia do *Rechtsstaat* é a máxima aristotélica de que melhor que o governo de homens é o de leis, pois estas não se submetem a paixões.

Foi, portanto, o esvaziamento do poder acumulado pelo monarca que propiciou significativa alteração na forma como se realizava a atividade legiferante: a lei – que configurava, primordialmente, expressão da *voluntas* do soberano – tornou-se resultado

de um processo político-partidário realizado pelo Parlamento. Em outras palavras: a regulação estatal deixou de advir apenas da vontade de um homem – o que configuraria forma de hetero-regulação - para se tornar expressão da vontade da sociedade civil – o que constituiria auto-regulação.

A mudança de hetero para auto-regulação social, ademais, também pode ser observada na substancial alteração no procedimento pelo qual se concretizava a *Rechtsordnung* posterior ao Estado absolutista. As leis, no Antigo Regime, consideravam-se legítimas à medida que representassem a "vontade divina" expressa pelo monarca. Já nas formulações teóricas posteriores ao *Polizeistaat*, a legitimidade atribuída às leis advinha do fato de elas expressarem a "soberania do povo" por intermédio da atuação do Parlamento, cujos membros eram eleitos pelo voto popular. Embora, nesse momento, não se possa falar na existência de democracia plena, uma vez que o Estado de Direito burguês mais se preocupava com a consagração dos ideais liberais do que com a efetividade de quaisquer promessas constitucionais (MENDES, 2009, p. 66), é inegável que a lei, elemento utilizado para a limitação da atividade estatal, foi concebida como instrumento de realização da soberania popular, formulação jusracionalista que, invariavelmente, atribuiu dimensão democrática no processo legislativo. Nesse contexto, o poder de estabelecer qual será o conteúdo da *Rechtsordnung*, após a superação do Estado absolutista, tem sido atribuído ao povo (HESPANHA, 2007, p. 123), como criador e destinatário das regras sociais.

Também na elaboração teórica de John Locke se pode identificar a mudança da origem da legislação da vontade do soberano para a representação democrática da sociedade pelo Parlamento:

O grande objetivo da entrada do homem em sociedade consistindo na fruição da propriedade em paz e segurança, e sendo o grande instrumento e meio disto as leis estabelecidas nessa sociedade, a primeira positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo; [...] Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter a força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida. (LOCKE, 1973, p. 92).

Nas considerações de Gilmar Ferreira Mendes:

conferindo-se à lei a função de regular de forma direta, imediata e soberana, todas as relações sociais, e ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei – expressão sempre renovada

da vontade geral – seria congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a controle ou censura estranhos aos parlamentos. (MENDES, 2009, p. 149).

Uma vez estabelecida a auto-regulação social e afastada a hetero-regulação imposta pelo monarca, a democracia adquiriu incontestável força política, vindo pouco mais tarde a se tornar a forma predominante de organização social nos Estados ocidentais. Afinal, a superação do Estado absolutista ocorreu justamente com o objetivo de pôr fim aos abusos inerentes à centralização do poder no déspota.¹ Como noticia Bobbio:

O tema rousseauiano da liberdade como autonomia, ou da liberdade definida como "a obediência de cada um à lei que se prescreveu", torna-se após as revoluções americana e francesa, e após o nascimento das primeiras doutrinas socialistas e anarquistas, um dos argumentos principais, se não o principal, em favor da democracia frente a todas as demais formas de governo que, se não são democráticas, não podem ser autocráticas. [...] O desenvolvimento da democracia do início do século passado a hoje tem coincidido com a progressiva extensão dos direitos políticos, isto é, do direito de participar, ao menos com a eleição de representantes da formação da vontade coletiva [...] Na medida em que um número sempre maior de indivíduos conquista o direito de participar da vida política, a autocracia retrocede e a democracia avança. (BOBBIO, 1995, p. 145).

As Revoluções Liberais também foram responsáveis pela adoção, na estrutura do Estado Liberal de Direito, da teoria da Separação dos Poderes, comumente atribuída a Montesquieu, como meio de limitar as possibilidades de centralização do poder. Logo, a autoridade de legislar, de julgar e de aplicar leis, antes concentrada no monarca, o que facilitava a ocorrência de abusos, foi dividida entre diferentes ramos do Estado. Portanto, a lei, que já se tinha transformado em expressão da vontade geral, passou a ser editada por um Poder e aplicada pelos outros.² Tudo isso com a finalidade de se evitarem os abusos daqueles que detenham poder político. Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

em estreita consonância com essa concepção filosófico-política, a teoria constitucional do Estado de Direito liberal burguês identifica os conceitos ideológico e material de Constituição, proclamando – como se lê no célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – que num

¹ Regina Maria Macedo Nery Ferrari, citando Karl Löwenstein, afirma que "*a classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou carência de instituições pelas quais o exercício do poder político seja distribuído entre os detentores do poder, e por meio das quais os detentores do poder estejam submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos estes em detentores supremos do poder*" (FERRARI, 2003, p. 326).

² Observe-se, nesse ponto, que, conforme noticiam as elaborações positivistas, tanto o Executivo, quanto o Judiciário, são Poderes que atuam de forma a aplicar a legislação originária do Legislativo. A diferença entre Executivo e Judiciário, com efeito, está na forma de aplicação da legislação. Enquanto o primeiro utiliza-se do marco normativo para realizar alguma atividade em benefício da população, o segundo refere-se às leis como uma forma de solucionar as controvérsias que possam surgir entre particulares ou até mesmo em relação ao Estado. Contudo, é importante destacar que, tanto o Executivo, quanto o Judiciário, afiguram-se Poderes de aplicação das leis existentes.

Estado sem direitos individuais nem divisão de poderes não existe Constituição. (MENDES, 2009, p. 67).

Foi com alicerce na teoria da Separação dos Poderes que se fundamentou a criação do Judiciário e a atuação deste como Poder responsável pela resolução dos conflitos concretos que surgissem da aplicação das leis elaboradas pelo Parlamento. Portanto, a legitimidade atribuída ao Poder Judiciário para ser o último intérprete e aplicador das leis baseou-se, fundamentalmente, na idéia de que somente um Poder tem a capacidade de limitar outro. De fato, a separação dos órgãos que exercem as atividades legiferantes e judiciais constitui meio hábil de se diminuírem os abusos e o arbítrio, uma vez que se exige maior equilíbrio para a funcionalidade do sistema jurídico.

Todavia, a criação de órgão dedicado apenas ao julgamento de casos também se deveu a motivos de ordem prática e técnica, como aponta António Manuel Hespanha:

A necessidade desta partilha entre a soberania do povo e a autoridade dos 'homens de ciência tem sido justificada de muitas formas. Uma vez, insistindo nos aspectos técnicos do direito (que reclamariam a mediação de um saber especializado); outras vezes, invocando – paradoxalmente e numa aparente fuga para frente – a necessidade de ouvir o espírito do povo, os consensos valorativos de uma comunidade, sendo certo que esta 'audição deveria caber a um grupo de pessoas especializadas nisso (a elite dos juristas) e não às grosseiras técnicas de contar maiorias. (HESPANHA, 2007, p. 123).

Outrossim, o Poder Judiciário firmou-se como principal e último intérprete e aplicador das normas jurídicas existentes desde a criação do Estado Liberal de Direito. Contudo, a legitimidade atribuída ao Poder Judiciário, para atuar como aplicador último das leis, não adveio apenas da teoria da Separação dos Poderes ou de necessidades técnicas. Pelo contrário, a partir de profunda análise dos fundamentos do positivismo jurídico – movimento que, já no começo do século XIX, sucedeu o jusnaturalismo que servira de combustível para as Revoluções Liberais (BARROSO, 2010, p. 238)³ – pode concluir-se que a legitimidade atribuída ao Poder Judiciário também adveio de elemento essencialmente democrático e majoritário.

O positivismo jurídico, segundo Luis Roberto Barroso:

foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da

³ Luis Roberto Barroso (2010, p. 218), citando Bobbio, Metteucci e Pasquino, afirma que, "*com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo.*"

atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais.

[...]

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. (BARROSO, 2010, pp. 239-240).

Não há dúvida de que, no auge do positivismo jurídico, a atividade realizada pelo Poder Judiciário colocava mais ênfase na compreensão do ordenamento jurídico, o direito objetivo posto pelos códigos, do que nas peculiaridades do caso concreto (BARROSO, 2010, p. 308). O juiz, outrossim, desempenhava função técnico-especializada de intérprete da *Rechtsordnung*, identificando a norma jurídica geral e abstrata aplicável e fazendo-a incidir sobre o caso controverso. Nesse processo, denominado subsunção, não cabiam indagações acerca da legitimidade, da justiça, ou da adequação da solução proposta pelo Poder Judiciário, vez que a função deste era de mero revelador, completamente imparcial e objetivo, da *voluntas legis* (FERRARA, 2003, p. 128), a qual acumulava legitimidade e validade do processo de elaboração realizado pelo Parlamento (BARROSO, 2010, p. 308).

Não competia à judicatura, com efeito, procurar forma de aplicação que se distanciasse do sentido do texto legal. Afinal, a função de decidir o que se considerava justo ou socialmente adequado não era do juiz, senão do legislador, o qual estava em melhor condição – justamente em razão da composição democrática do Parlamento – de representar o povo e, em nome deste, exercer a soberania.⁴ O Poder Judiciário, outrossim, aplicava, pura e simplesmente, a lei.

⁴ Ademais, Ferrara esclarece que "*entender uma lei (...) não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (17, Dig. 1, 3). A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que é possível (como diz WINDSCHEID) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo." (FERRARA, 1987, p. 128).

Ferrara, autor clássico do auge do positivismo jurídico, deixa claro que:

O direito opera por comandos abstratos. Mas a realização forçada destes comandos efetua-se por imposição judiciária.

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a viva **vox iuris**.

O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei ordena, é o executor e não criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito. (FERRARA, 2003, p. 111, grifo do autor).

Logo, nas elaborações teóricas do apogeu do positivismo jurídico, não se admitia muita atividade criativa do Poder Judiciário. O juiz era intérprete da lei e atuava de forma imparcial e objetiva (BARROSO, 2010, p. 308). O próprio Ferrara rejeita qualquer possibilidade de os tribunais deterem criatividade jurídica:

UNGER, DERNBURG e HELLWIG acusam este método [possibilidade de criação jurídica pelo Judiciário] de querer substituir à firmeza dos comandos legais o subjetivismo dos juízes, criando um estado perigoso de anarquia e de insegurança jurídica. Nenhuma autoridade pode ser obrigada à mais estrita obediência à lei do que a autoridade dos tribunais, que foram estabelecidos justamente para a sua defesa e realização. O juiz que, por uma suposta equidade e oportunidade intenta mudar a lei, comete uma violação jurídica.

O direito, exclama LABAND, necessita de firmeza; a jurisprudência não se pode deixar mover pelas correntes do dia e pelas tendências das classes e dos partidos, como a cana ao vento. E LANDSBERG: Porventura nos tornamos, com o nosso sentimento de equidade, tão neurastênicos que não sejamos capazes de suportar o rigor indispensável que é a submissão do caso particular à regra jurídica? Será preciso repetir a antiga verdade que o direito foi criado contra o arbítrio subjetivo, chame-se este direito natural ou direito reto, imperativo racional ou estimação de interesses? E MICHAELIS: a tendência para emancipar da lei o juiz não se pode apreciar senão como uma tendência de revolta contra o legislador. (FERRARA, 2003, p. 167).

Portanto, durante o Estado Liberal-positivista de Direito, a legitimidade atribuída ao Poder Judiciário para atuar como último intérprete da legislação advinha da teoria da Separação dos Poderes – porque a limitação do poder e das paixões humanas exigia a criação de órgãos especializados na edição e na aplicação das leis –, de necessidades técnicas, como apontou António Manuel Hespanha, e de elemento democrático – à medida que o juiz só concretizava a vontade já expressa pela maioria dominante no Parlamento. Por conseguinte, durante o Estado Liberal de Direito, o Poder Judiciário detinha legitimidade, fundamentalmente, técnico-especializada e democrática-majoritária.

Entretanto, com o advento do Estado Social de Direito e com o surgimento do pós-positivismo jurídico, a atividade do Poder Judiciário sofreu alteração em relação à

legitimidade democrático-majoritária. A promulgação das constituições Mexicana de 1917 e da República de Weimer, ambas trazendo significativo rol de direitos sociais, deu início a processo de modernização da experiência jurídica o qual apenas se concluiria após a Segunda Guerra Mundial.

As disposições constitucionais – que até então eram vistas como meras diretrizes políticas, promessas vagas ou exortações ao legislador infraconstitucional – passaram a ser entendidas como aptas a estipular, em favor de particulares, direitos subjetivos que poderiam ser reivindicados. Com efeito, o texto constitucional, a partir de então, deixou de ser o que o socialista alemão Ferdinand Lassalle identificou como fatores reais de poder (MENDES, 2009, p. 47) e foi visto, cada vez mais, como dotado de efetivo poder normativo e de caráter vinculativo. Destarte, o modelo predominante até o século XIX – de que a Constituição seria mero documento político convidando a atuação do Estado – foi substituído pela atribuição ao texto constitucional do *status* de efetiva norma jurídica (BARROSO, 2010, p. 262).

Outrossim, com a transformação do constituinte de profeta, cujas promessas poderiam ou não vir a concretizar-se, a efetivo criador de norma jurídica, a base diante da qual o juiz resolvia os conflitos concretos mudou. Se, antes, todas as controvérsias eram solvidas com base na *Rechtsordnung* infraconstitucional; agora, a atividade judicial se pautava também pelo respeito às disposições constitucionais. Não era mais possível, por conseguinte, que se interpretassem as leis sozinhas, senão com base na *Verfassung*, o que acabou por atribuir nova dimensão à atividade judicial.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que era outrora um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas que não vinculavam o legislador – nesse sentido ela era apenas um texto político sem pretensão de injuntividade –, essa Carta Política simbólica assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, precisamente em face dessa nova Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da interpretação/aplicação da Lei Maior, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam das prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado. (MENDES, 2009, p. 149).

Nesse contexto de maior importância do texto constitucional, ocorreu deslocamento do centro do sistema jurídico do Parlamento para os tribunais (MENDES,

2009, p. 149). Se, até o final da Segunda Guerra Mundial, vigorava o modelo da supremacia do Poder Legislativo como órgão de expressão da vontade geral, as novas concepções acerca da normatividade constitucional conceberam a idéia de supremacia não da lei, marco característico do Estado de Direito, mas da Constituição.

Com efeito, o texto constitucional, tornou-se o efetivo ápice do ordenamento jurídico, limitando a atuação estatal, inclusive o Poder Legislativo. Por conseguinte, os direitos eventualmente previstos na Constituição se revestiram da forma de direitos fundamentais, ficando protegidos contra qualquer inefetividade (BARROSO, 2010, p. 263), de diminuição ou de esvaziamento pelo Parlamento.

Como noticia Luis Roberto Barroso, a expansão da jurisdição constitucional:

envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritária: sua proteção passava a caber ao Judiciário. (BARROSO, 2010, p. 263).

Gilmar Ferreira Mendes afirma que:

como consequência da supremacia e da aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – mais juízes do que legisladores –, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana. (MENDES, 2009, p. 149).

Nota-se, portanto, fundamental diferença na função e na legitimidade conferidas ao Poder Judiciário: anteriormente, o juiz trabalhava como aplicador da lei e – à medida que não lhe era permitida criatividade jurídica – mero expressor mediato da *vox populi*, determinada pelo Parlamento. Logo, a legitimidade do exercício judicial baseava-se em elemento democrático-majoritário, já que a Justiça era nada mais que a "boca da lei". Contudo, o novo constitucionalismo introduziu a visão de que o próprio legislador também estava vinculado pelo constituinte, criando o dever de o Poder Judiciário atuar não mais apenas como concretizador da *vox populi*, mas também como limitador desta.

Outrossim, às funções do Poder Judiciário se incorporou a proteção dos direitos fundamentais. Torna-se possível que o juiz, ao decidir caso concreto, deixe de aplicar a lei democraticamente editada em razão de esta afrontar ou esvaziar disposição constitucional. O controle concentrado de constitucionalidade, ademais, demonstra que a precípua função do Poder Judiciário, no Estado Constitucional de Direito, é defender a

Constituição, mesmo que, para tanto, seja necessário restringir o Parlamento. Logo, a finalidade da jurisdição constitucional é manter o respeito pela Constituição, defendendo-a e protegendo-a contra os avanços da maioria (LIRA, 2010, p. 41).

De acordo com Daiane Nogueira de Lira, citando Hans Kelsen:

Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria (...) Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados, no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. (LIRA, 2010, pp.41-42).

À medida que o juiz se distancia da antiga função de mero convalidador da vontade majoritária contida na lei e atua como defensor dos direitos fundamentais, concebidos para proteger as minorias, a legitimidade para a atividade judicial deixa de ter caráter meramente majoritário e adquire alicerce contra-majoritário. Afinal, ao declarar inconstitucional uma lei, o Poder Judiciário toma para si a missão de defender as minorias não prestigiadas no processo legislativo. O grande segredo da democracia constitucional moderna é a construção de governo que respeite a soberania popular e os limites traçados pelo documento político fundamental, a Constituição (LIRA, 2010, p. 42).

Contudo, não apenas a ascensão da Constituição como principal documento do Estado, mas também a transição do positivismo para o pós-positivismo jurídico causou significativas alterações na forma como se realiza a atividade judicial. Fundamentalmente, o esvaziamento da necessidade de distanciamento entre direito, moral, política, justiça e legitimidade propiciou a superação do conhecimento positivista. (BARROSO, 2010, p. 248). Na verdade, os horrores da Segunda Guerra Mundial abalaram profundamente a crença na *Reinheit* positivista, isto é, na pureza de um direito distanciado de qualquer fundamento moral ou ético, formando nos juristas a convicção de que era necessário empregar busca por formulação jurídica mais aberta à axiologia. Foi no contexto de necessidade de incorporação dos valores expurgados pelos positivistas que emergiu o pós-positivismo como corrente doutrinária que propunha justamente essa readaptação do direito.

Luis Roberto Barroso, nesse ponto, cita Gardbaum, para quem:

O óbvio e catastrófico fracasso do modelo constitucionalista de supremacia do legislativo para impedir golpes totalitários e a absurda quantidade de violações dos direitos humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial significaram que, quase sem exceções, quando surgiu a oportunidade de se recomençar e de se aprovar nova constituição, a essência do modelo americano, diametralmente oposto, foi adotada. (BARROSO, 2010, p. 263, tradução nossa).⁵

Com efeito, o pós-positivismo, segundo o próprio Luis Roberto Barroso:

se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigado nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se um reaproximação entre o Direito e a ética. (BARROSO, 2010, pp. 249-250).

A maior abertura axiológica permitiu às elaborações teóricas pós-positivistas incorporar à teoria do ordenamento novo elemento: além das regras, já estudadas à exaustão pelos positivistas, haveria também os princípios, os quais, segundo Ronald Dworkin, constituiriam *standards* que, ao tomar forma jurídica, exprimiriam valores morais, como exigência de justiça, equidade ou moralidade (DWORKIN, 2007, pp. 36 e 141).

Estruturalmente, os princípios se distinguiriam das regras em três diferentes dimensões: eles, em primeiro lugar, teriam caráter mais geral e, portanto, seriam mais abrangentes que as regras, as quais se formulavam ao redor da previsão de hipótese de aplicação e de consequência jurídica. Em segundo lugar, os princípios, justamente porque se referem a valores morais, poderiam ser "promovidos" e contribuiriam para a explicação das regras presentes no ordenamento jurídico (HESPANHA, 2007, p. 114). Por fim, as regras se aplicam de forma disjuntiva, isto é, seguindo a lógica do *all or nothing*: presentes os pressupostos fáticos, a regra é tida por aplicável, determinando inexoravelmente o resultado jurídico e limitando a discricionariedade jurídica. Os princípios, pelo contrário, não seguem a dimensão da validade automática, mas a do peso (*dimension of weight*), sem apontar, claramente, solução específica para cada caso (DWORKIN, 2007, p. 39). Enquanto, em um conflito de regras, aplicam-se os postulados clássicos da antinomia; quando se contrapõem

⁵ Texto original em inglês: "The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted."

princípios, faz-se ponderação, devendo prevalecer o princípio que, na situação concreta, tiver maior peso, apesar de os princípios afastados ainda sobreviverem intactos, podendo ser usados em outros casos (DWORKIN, 2007, pp. 39-40).

A introdução dos princípios como normas jurídicas que admitem flexibilidade e que requerem argumentação jurídica, na forma de ponderação, confere maior importância à atividade judicial, uma vez que fica superada a absoluta vinculação dos magistrados com o texto legal, característica do antigo positivismo jurídico. Dessa forma, o Poder Judiciário ficou livre para atuar na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais. Nas palavras de António Manuel Hespanha:

Insiste-se em que a maleabilidade dos princípios, a sua possibilidade de constituir orientações normativas flexíveis e combináveis, é a única forma que o direito tem de responder a sociedades onde convivem – e, constitucionalmente, devem conviver, porque todos eles são valores existentes neste "povo plural" – [homens, mulheres, católicos, islamitas, naturais, imigrantes, etc] das democracias modernas - valores conflituais, cuja prevalência recíproca deve ser ponderada caso a caso. Como refere Zagrebelsky, as sociedades contemporâneas "são sociedades complexas, também do ponto de vista dos próprios postulados morais. Estes traduzem-se em axiomas jurídicos variados e freqüentemente contraditórios {...}. Embora o peso dos ingredientes singulares possa ser, para cada um de nós, diverso, segundo as nossas inclinações ideológicas, todos (ou muitos de nós) querem (queremos) uma sociedade livre, mas também reformas sociais; igualdade perante a lei, mas também igualdade relativamente a certas situações materiais; por isso, normas jurídicas gerais, mas também particulares; direitos negativos de proteção contra a interferência dos poderes públicos ou privados, mas também direitos positivos a prestações de tais poderes; direitos dos indivíduos, mas também direitos dos grupos; [...] O sentido democrático exige que todas essas vozes se possam fazer ouvir.

É esta natureza compósita das sociedades contemporâneas que as democráticas constitucionais procuram respeitar e proteger contra as maiorias conjunturais e que não reflitam a complexidade da constelação comunitária de valores (princípio contra-majoritário). Por isso, é que o reconhecimento da pluralidade dos princípios constitucionais visa a criar uma democracia mais profunda, mais inclusiva e mais dinâmica, permitindo um desenvolvimento e uma harmonização de geometria variável dos princípios que a vontade constituinte ou legislativa do povo foi depositando na ordem jurídica. Os juristas aparecem aqui – não como hermeneutas mais qualificados da vontade popular (que dela saberiam mais que o próprio povo) – mas apenas como técnicos especializados na descoberta de "concordância prática das discordâncias", de um arranjo harmônico das várias vozes (da polifonia), apoiados (tal como os técnicos do **music mixing**, ou arranjo musical) em instrumentos conceptuais desenvolvidos - alguns desde há muitos séculos - pelo seu saber especializado. (HESPANHA, 2007, pp. 128-130, grifo do autor)

A superação da elaboração estática do positivismo jurídico e a adoção dos princípios como partes integrantes do ordenamento jurídico, desse modo, contribuíram para alterar a forma de funcionamento do Poder Judiciário, modificando também o fundamento da legitimidade deste como órgão do Estado. Como aponta Menelick de Carvalho Netto:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Para tanto, é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação, na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como a estrutura mesma da norma jurídica [...] Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada a um **hard case**. (NETTO, 2000, p. 245, grifo do autor).

Por fim, há, ainda, último fator que colaborou para a mudança da legitimidade (de majoritário-democrática para contra-majoritária) atribuída ao Poder Judiciário como último intérprete da Constituição e das leis: com a superação do positivismo jurídico e a consolidação do Estado Constitucional de Direito, cujo principal elemento normativo são os princípios, também foi estruturalmente afetada a forma com que se deveria realizar a própria interpretação do Direito.

O modelo subsuntivo que vigorava à época de Ferrara, com efeito, não era capaz de solucionar as controvérsias jurídicas que adviessem do conflito de princípios. Daí, a adoção da técnica da ponderação. Ademais, a alteração da maneira como funcionava a hermenêutica jurídica significou a quebra do dogma positivista da imparcialidade e da objetividade do hermenêuta. Somente depois da ascensão do pós-positivismo jurídico que ficou claro que o intérprete, por mais esforçado que fosse, jamais conseguiria manter objetividade ou imparcialidade absolutas, pois a própria atividade de compreensão do objeto a ser interpretado já depende das pré-compreensões e dos pré-conceitos do hermenêuta (GADAMER, 2008, p. 434).⁶

Como explica Hans-Georg Gadamer:

a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades

⁶ Gadamer, fazendo referência a Bultmann, ensina que *"toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica ele dá o nome de pré-compreensão, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, mas é anterior a ele"* (GADAMER, 2008, p. 434).

imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que tenha se aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter idéia daquilo com que estamos às voltas. [...] Claro que esta tarefa de concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação. (GADAMER, 2008, pp. 432-433).

Com efeito, a atividade judicial deixou de ser resultado de lógica linear e passou a ser entendida como processo criativo, no qual o intérprete age a partir de atos volitivos, de escolhas, de valorações e de preconceitos. Isso fica mais evidente quando se interpretam conceitos abertos e indeterminados, dos quais as Constituições modernas estão repletas. A atividade judicial, então, passa a receber a seguinte caracterização, como aponta Denise Nogueira de Lira, citando Pierre Bourdieu:

o juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de invenção. Se a existência de regras escritas tende sem qualquer dúvida a reduzir a variabilidade comportamental, não há dúvida também de que as condutas dos agentes jurídicos podem referir-se e sujeitar-se mais ou menos estritamente às exigências da lei, ficando sempre uma parte de arbitrário, imputável a variáveis organizacionais como a composição do grupo de decisão ou os atributos dos que estão sujeitos a uma jurisdição, nas decisões judiciais – há também uma parte de arbitrário no conjunto dos atos que os precedem e os predeterminam [...] (LIRA, 2010, pp. 43-44).

Desse modo, superada a crença na infalibilidade da dogmática jurídica, na objetividade e na imparcialidade do juiz, o pós-positivismo jurídico – além de propiciar maior criatividade jurídica aos hermeneutas – também solidificou a necessidade de toda sentença judicial conter fundamentação, parte que, de forma racional, pudesse funcionar como elemento de destaque da legitimidade e da justiça da decisão tomada (BARROSO, 2010, p. 341).

Ensina Menelick de Carvalho Netto que:

aqui, no domínio dos discursos de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o direito vigente, mas para isso ele tem de ser igualmente

capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder, racional ou fundamentadamente, à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta [...] A imparcialidade aqui, ressalta Günther, se traduz na capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer que o ordenamento como um todo, como pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adequa à situação [...] (NETTO, 2000, pp. 246-247).

Tudo isso culminou na transformação do Poder Judiciário no mais destacado ramo jurídico do Século XXI, especialmente quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade, pois é nele que o caráter contra-majoritário da judicatura fica mais evidente. Outrossim, o Poder Judiciário consolidou-se como órgão contra-majoritário, dotado de vasta criatividade jurídica – justamente por trabalhar essencialmente com ponderação de princípios – e cujas decisões devem seguir critérios mínimos de razoabilidade e de controlabilidade, os quais ficam contidos na fundamentação.

De acordo com Luis Roberto Barroso:

a argumentação jurídica desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado. Liga-se ela à idéia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída livremente indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais. O crescimento da importância da argumentação jurídica na hermenêutica e na filosofia do Direito tem motivações associadas à filosofia política e à filosofia moral. No plano político, o debate se reconduz à onipresente questão da legitimidade democrática da atividade judicial: na medida em que se reconhece que o juiz participa criativamente da construção da norma, o fundamento de sua atuação já não pode repousar exclusivamente no princípio da separação dos Poderes. A argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral, já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca. (BARROSO, 2010, pp. 341-342).

Nesse contexto, é justificável que o Poder Judiciário – cuja atuação, cada vez mais, fica atrelada aos princípios e, portanto, passa a exigir fundamentação na forma de ponderação – procurasse nas audiências públicas meio de obter maior legitimidade.

CAPÍTULO 2 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Tendo ficado estabelecido, no capítulo anterior, que o Poder Judiciário firmou-se como órgão responsável pela última interpretação das leis como forma de dar efetiva funcionalidade ao caráter contra-majoritário das democracias constitucionais modernas, é necessária uma detalhada análise da técnica das audiências públicas, das quais se utiliza o Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.

Inicialmente, é importante oferecer conceito capaz de exprimir a complexidade do instituto jurídico. Na opinião de Diogo Rais, a audiência pública deve ser conceituada:

como um instrumento que auxilia a tomada de decisões, permitindo o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela expertise na área, seja por ser sujeito direto ou indireto dos efeitos da decisão que se seguirá. Sua condução se dá, necessariamente, pela oralidade e é pautada pela elevada transparência, atribuindo maior substrato fático para a autoridade que decide, além de ampliar a legitimidade dessa decisão. (RAIS, 2012, p. 34).

Na verdade, as audiências públicas são instrumentos característicos de democracia participativa, isto é, regime político que vai muito além de atribuir ao eleitor a capacidade de voto. Democracia participativa, com efeito, significa prestigiar a autodeterminação política dos cidadãos e criar diferentes formas de participação direta dos indivíduos na atuação e no controle do Poder Público, *"possibilitando transformar a apatia em relação aos problemas da sociedade/Estado na conscientização da responsabilidade em uma sociedade ativa"* (FERRARI, 2003, p. 330).

Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

a Democracia corporifica-se como um processo dinâmico, próprio de uma sociedade que aceita o desenvolvimento do cidadão, proporcionando sua participação no processo político em condições de igualdade, o que se reflete no campo econômico, político, social e jurídico. Em razão disso, torna-se uma direção a seguir, um objetivo a realizar por intermédio da Democracia/participação, na medida em que, atualmente, o problema fundamental do ideal democrático reside na instituição de meios que ofereçam aos cidadãos a oportunidade de apreender o que é a sua realização, através de sua participação efetiva nos processos de decisão, como instrumento para consolidação da Democracia. (FERRARI, 2003, p. 331).

Desse modo, as audiências públicas, essencialmente, constituem instrumento de abertura de diálogo entre as autoridades públicas, seja do Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário, e os cidadãos, com o intuito de permitir a tomada da decisão que se julga mais adequada, tanto para o Estado, quanto para a sociedade civil (FERRARI,

2003, p. 345). O diálogo só faz sentido quando se faz trata de Estado Democrático de Direito *"onde o poder não só emana do povo, mas que, além de em seu nome ser exercido, comporta sua participação direta"* (FERRARI, 2003, p. 344). Afinal, como explica Regina Maria Macedo Nery Ferrari, citando Diogo de Figueiredo Morreire Neto, a audiência pública é:

mais que um direito criado e outorgado pelo Estado: na verdade, a tendência é vê-la como uma **expressão da liberdade fundamental** do Homem em sociedade – afirma que existe participação, no sentido juspolítico, sempre que for reconhecida pela ordem jurídica a possibilidade de atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou grupos na ação do Estado. Portanto, quando se fala em **audiência pública** se está a reverenciar o princípio segundo o qual toda pessoa tem o direito de ser ouvida em matéria na qual esteja em jogo seu interesse. (FERRARI, 2003, p. 343, grifos do autor).

O objetivo da aproximação das autoridades e os destinatários das decisões é realizar a essência do princípio democrático, ou seja, conformar a atuação do Poder Público com a vontade dos cidadãos, conferindo significado à cidadania como fundamento do Estado Democrático. A audiência pública, assim, propicia:

o reconhecimento do poder político do povo não só sobre a escolha de dirigentes públicos, mas sobre a decisão acerca da coisa pública. Assim, por ela buscam-se legitimantes, e não apenas participantes. A certeza administrativa decorre, portanto, do conhecimento seguro, claro e evidente de que se vive em um Estado Democrático de Direito. (FERRARI, 2003, p. 343).

Ademais, as audiências públicas têm a capacidade de criar esfera de debate público rico e plural em processo decisório que não comportava senão as excursões argumentativas dos órgãos públicos. Nesse contexto, a possibilidade de o povo se manifestar em relação à tomada de decisão que todos afete contribui para maior aproximação entre a realidade fático-social e a Administração Pública, já que, no debate público, haverá amplo intercâmbio de informações. Com efeito, as audiências têm duplo papel informativo, como afirma Antônio Cabral:

de um lado, deve a autoridade decisória expor seu entendimento formado até então e as possibilidades de ação administrativa. De outra parte, a comunidade, associações, universidades, órgãos públicos técnicos, empresários, comerciantes, investigados e potenciais infratores expõem suas posições e idéias a respeito do objeto da discussão e procuram condicionar a decisão administrativa dentro das possibilidades existentes. (CABRAL, 2006, p. 791).

Portanto, as audiências públicas, à medida que promovem a aproximação do Poder Público com a sociedade civil – esta podendo se manifestar diante daquele, enriquecendo o debate público com informações especializadas e com diferentes opiniões –, também contribuem para a diminuição da apatia social e do desinteresse pela *res* pública.

Afinal, a aproximação entre Estado e sociedade civil pressupõe uma população engajada, informada e capaz de corretamente avaliar qual é a solução que melhor atende ao interesse de todos. Só assim se pode sustentar democracia efetivamente participativa.

Do ponto de vista argumentativo, as audiências públicas realizam função vital para o Estado Democrático de Direito. Isso porque não é apenas o consenso, a convergência de manifestações, que é objetivado no debate público. Na verdade, a exposição de opiniões divergentes aprofunda as discussões, ampliando o campo interpretativo das circunstâncias fáticas e das normas jurídicas aplicáveis. Assim, uma questão que, *prima facie*, poderia ser facilmente resolvida pelo modelo subsuntivo pode adquirir grandes proporções depois da manifestação de diversos grupos sociais, o que contribui para a tomada de decisão mais acertada e mais legítima.

Como assevera Antônio Cabral:

conceber as manifestações sociais em processos deliberativos como o direito de condicionar a tomada de decisões estatais vinculativas é uma imagem republicana de uma sociedade policêntrica, em que os pólos decisórios não representam nichos de concentração de poder, mas equilíbrio entre os pontos de vista existentes no corpo comunitário, o balanceamento centrífugo das forças sociais, ainda que divergentes. (CABRAL, 2006, p. 791).

Por conseguinte, as audiências públicas, para funcionarem como efetivo instrumento da democracia participativa, pressupõem que seja dado aos participantes o acesso prévio às informações pertinentes (*Recht auf Benachrichtigung*), a possibilidade de manifestação (*Recht auf Äusserung*) e o direito de ver seus argumentos levados em consideração pela autoridade decisória (*Recht auf Berücksichtigung*) (CABRAL, 2006, p. 791). É fundamental, logo, que a manifestação dos interessados sirva como vetor interpretativo e concretizador da decisão que suceder a audiência, impondo, de certa forma, um ônus argumentativo à autoridade pública que deseje rejeitar as soluções apresentadas no debate (CABRAL, 2006, p. 793). Assim, a Administração Pública, uma vez realizada a audiência, não poderá simplesmente ignorar as exposições feitas, devendo apresentar razões mais fortes (*stärkere Gründe*), ou seja, argumentos capazes de afastar as opiniões dos que se tiverem manifestado (CABRAL, 2006, p. 793).

Como ensina Antônio Cabral,

no que tange ao ônus argumentativo, gera a audiência pública uma presunção em favor de sua conclusão fazendo alguns setores doutrinários aludir, talvez não com total precisão técnica, a uma espécie de 'inversão do ônus da prova' para o administrador. Vale dizer, fixado o interesse público em certo sentido a partir do resultado da audiência, se a autoridade administrativa optar por decidir de maneira contrária, terá de empreender

um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo, em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes. (CABRAL, 2006, p. 794).

Na visão de Jürgen Habermas, as decisões da Corte Constitucional – que também desempenha papel educativo e pedagógico – acumulam legitimidade e aceitação à medida que os Ministros fornecem, dentro de espaço público voltado para debate, fundamentos racionais capazes de afastar as manifestações em sentido contrário (LIRA, 2010, p. 48). Destarte, sobressai a dimensão comunicativo-argumentativa do Poder Judiciário, atribuindo à atuação deste caráter dialógico pautado pela racionalidade prática e propiciando o surgimento de espaço público no qual se questiona a validade ou a funcionalidade das pretensões normativas (LIRA, 2010, p. 48). Com efeito, no espaço público gerado, o agir comunicativo – pautado no princípio do discurso, que atribui à linguagem a função de coordenação da ação, resultando na influência recíproca dos atores sociais e na prevalência dos melhores argumentos – confere à democracia o significado de participação, permitindo que os cidadãos, no exercício de autonomia política, confirmem força legitimadora ao processo de normação (LIRA, 2010, pp. 49-50). Direito, outrossim, adquire legitimação da autodeterminação democrática, a qual permite que os cidadãos se concebam como co-autores das leis às quais estão submetidos, atribuindo maior significado ao princípio democrático dos Estados contemporâneos.

Daiane Nogueira de Lira destaca que:

a formação democrática das decisões não tira sua força legitimadora da convergência **a priori** de convicções éticas ou consuetudinárias, mas sim de pressupostos comunicativos e de procedimentos que permitam, durante o processo deliberativo, vir à tona os melhores argumentos. O peso dos argumentos, que exigem uma motivação racional, é reconhecido a partir de sua capacidade de obter consenso. Isso se aplica ao processo de elaboração das normas jurídicas (discurso de justificação) e também ao processo de interpretação e aplicação das normas (discurso de aplicação). (LIRA, 2010, p. 48, grifo do autor).

Conseqüentemente, o Poder Judiciário, ao decidir controvérsia, deve sustentar a adequação da interpretação proposta por intermédio da comunicação pública com os cidadãos. Afinal, o convencimento racional dos que sofrerão os efeitos da decisão judicial somente é possível através do discurso, ou seja, da linguagem manejada com finalidade persuasiva em ambiente de busca cooperativa da verdade. Como aponta Daiane Nogueira de Lira, *"essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão, uma vez que correção `significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos"* (LIRA, 2010, p. 51).

Argumenta Jürgen Habermas que:

[...] o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. (HABERMAS, 2003, vol. 1, p. 326).

O *Verfassungsgericht*, outrossim, torna-se guardião da Constituição e dos direitos fundamentais à medida que preserva o ambiente em que ocorre processo deliberativo, ficando as condições necessárias ao debate público imunes aos caprichos da maioria legislativa (LIRA, 2010, p. 53-54). As audiências públicas funcionam justamente como instrumento essencial à preservação do espaço de debate público, no qual a lógica argumentativa fará prevalecerem os argumentos com maior capacidade de gerar consenso, e à publicização e divulgação da fundamentação das decisões judiciais, permitindo o diálogo racional entre os atores formais da jurisdição constitucional e os cidadãos.

Como assevera Daiane Nogueira de Lira:

na medida em que a jurisdição constitucional se realiza através de discursos de aplicação, exige-se a institucionalização de instrumentos de abertura do processo constitucional. Isso se dá através da construções de espaços efetivamente argumentativos dentro do processo constitucional, de modo a ampliar os espaços institucionais de participação e as condições procedimentais que asseguram a legitimidade do provimento jurisdicional. (LIRA, 2010, p. 55).

Apesar dos benefícios apontados, as audiências públicas se têm mostrado bastante distantes da realidade brasileira. Isso porque, como se sabe, elas somente há pouco tempo (no ano de 1999, no qual houve o advento das Leis nºs 9.868 e 9.882) se consolidaram como instrumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e, mesmo tendo sido previstas por lei, ainda encontram forte resistência na aplicação prática, em razão de motivos que serão explicitados a seguir, o que talvez explique o seguinte fenômeno, noticiado por Diogo Rais:

Em que pese essa inovação legislativa ter ocorrido em 1999, apenas em 20 de abril de 2007 o Supremo Tribunal Federal realizou sua primeira audiência pública. Durante esse longo intervalo entra a previsão legal e a realização da primeira audiência pública, o Supremo julgou 702.468

processos. Entre a primeira audiência até o final de 2011 (época da coleta de dados) foram mais de 600 mil processos e apenas cinco audiências públicas, cuja média se aproxima da proporção de uma audiência pública a cada 120 mil processos. (RAIS, 2012, pp. 19-20).

Não foi junto ao Supremo Tribunal Federal, contudo, que as audiências públicas ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro. Elas, com efeito, já tinham sido previstas, desde 1986, como parte da atuação do Conselho Nacional do Meio Ambiente (RAIS, 2012, pp. 19 e 23). A finalidade das audiências públicas realizadas pelo CONAMA, de acordo com o que indica o artigo 11 da Resolução de nº 1 de 23 de janeiro de 1986, era permitir que os órgãos públicos e os demais interessados recebessem informações acerca dos projetos e seus impactos ambientais, sendo possível, ainda, a discussão do Relatório de Impacto Ambiental previamente fornecido. Como destaca DIOGO RAIS:

a audiência pública surge aqui como instrumento de prestação de contas com enfoque à informação dos interessados, facultando a discussão do relatório de impacto ambiental e atribuindo aos participantes um papel, em sua maior parte, de cunho passivo, já que a principal função dessa audiência era a de informar, isto é, trazer à sociedade conhecimento de questões de grande importância para todos. Embora atribua um papel essencialmente passivo aos participantes permite-se a discussão pública dos relatórios revelando uma face, ainda tímida, de características mais ativas dos participantes. (RAIS, 2012, p. 24).

Posteriormente, houve leve mudança no foco das audiências públicas realizadas pelo CONAMA, passando os participantes a ter papel pouco mais ativo. Com efeito, a Resolução nº 09 de 1987 do CONAMA, além de expressamente incluir dentre as finalidades das audiências públicas colher sugestões e críticas dos participantes – algo que, até então, não se previa no Direito Brasileiro –, também estipulou como legitimados para convocação da audiência entidades civis, o Ministério Público ou grupo de cinquenta ou mais cidadãos. Foi determinado, ademais, que, caso houvesse a convocação por qualquer dos legitimados, as audiências públicas – que continuavam de competência de órgão ambiental do qual emanaria o ato decisório – seriam de realização vinculada, sob pena de invalidade da licença expedida. Por fim, estipulou-se, com vista à facilitação da participação dos interessados, especialmente os grupos de particulares, que as audiências deveriam ocorrer em locais de fácil acesso, receber ampla publicidade e ser documentada em atas.

Destarte, a primeira experiência do ordenamento jurídico brasileiro com as audiências públicas como instrumento de atribuição de maior legitimidade democrática aos atos emanados do Poder Público foi bastante tímida e distanciada daquilo que se pode chamar de democracia participativa. Mesmo com as previsões da Resolução nº 9 de 1987 do CONAMA, as quais visavam a propiciar maior participação da sociedade civil em questões

do Direito Ambiental, as audiências públicas somente receberam maior atenção em 1988, quando se constituiu a Assembléia Constituinte Nacional.

O fim da ditadura militar e o processo de redemocratização, com a efetiva transferência – ainda que não imediata – do poder político ao povo, iniciaram grande debate político centrado na necessidade de se abrir a sociedade brasileira às mais diversas experiências ideológicas e sócio-culturais. Com efeito, o forte apelo democrático e a busca de ampla legitimidade, característicos da época, consolidaram o entendimento de que a base da democracia é a pluralidade de agentes capazes de se expressar e de partilhar da responsabilidade pelo desenvolvimento de toda a sociedade. Outrossim, foi editada a Resolução nº 2 de 25 de março de 1987, a qual dispôs sobre o regimento interno da Constituinte, obrigando, no artigo 14, as subcomissões a destinar de 5 a 8 reuniões para a audiência de entidades representativas de segmentos da sociedade, devendo, ainda, durante o prazo destinado a seus trabalhos, receber as sugestões encaminhadas à Mesa ou à Comissão. A Constituição Cidadã, assim, já nasceu voltada para a democracia participativa.

O apelo democrático predominante à época também teve diversos reflexos na formulação definitiva da Constituição Federal de 1988. Talvez em razão da censura e da opressão tipicamente associadas com o regime militar, a atual *Verfassung* prestigia tanto a existência, no território nacional, de complexidade sócio-política antes inadmissível; afinal, a positivação de direitos advém dos abusos de que sofreu a população, sendo o rol evidência da história da opressão. Por conseguinte, a Constituição Cidadã se afigurou importante instrumento de densificação da democracia brasileira, estipulando diversos instrumentos que prestigiam a participação popular, como a iniciativa popular (arts. 14, III, e 61 § 2º), o referendo popular (arts. 14, II, e 49, XV), o plebiscito (arts. 14, I e 49, XV) e ação popular (art. 5º, LXXIII). Foi também com a Constituição Federal de 1988 que as audiências públicas se tornaram, definitivamente, instrumento típico do Poder Legislativo, prevendo o art. 58, § 2º, inciso II, que:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 2º. às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

[...]

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, outrossim, receberam da própria Constituição Federal competência para realizar audiências públicas para prestar auxílio técnico-especializado às suas comissões e para promover discussões acerca de assuntos de interesse público. Conseqüentemente, as audiências públicas se consolidaram no órgão ao qual tradicionalmente pertencem, o Parlamento, tendo em vista que, nelas, cria-se a possibilidade de se manifestarem diversos grupos sociais. Assim, as audiências públicas configuram instrumento de caráter evidentemente majoritário, já que permitem que, de determinada amostragem do complexo social, sejam ouvidas as vozes dos grupos sociais mais destacados. O Parlamento, portanto, faz bem ao se utilizar desse instrumento para formular leis que melhor representem a complexidade da estrutura social, uma vez que a aproximação entre o Legislador e os destinatários das leis implica melhor representatividade. Ademais, nas audiências públicas, também se abre diálogo entre os parlamentares, os efetivos realizadores da atividade legiferante, e grupos com maiores conhecimentos técnicos.

Todavia, a utilização de audiências públicas não se restringiu ao Poder Legislativo, tendo elas sido incorporadas, posteriormente, a diversos diplomas normativos que regulavam o funcionamento de órgãos da Administração Pública. Afinal, como destaca Gustavo Henrique Justino de Oliveira, citado por Diogo Rais:

Visando a um melhor conteúdo e eficácia das decisões administrativas cujos efeitos recaiam sobre a população, ao Poder Público impende dignificar a fase instrutória dos processos correspondentes, ampliando as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive, para o correto desempenho da função administrativa.

Um primeiro ponto a ser considerado é que a discussão travada em sede de audiências organizadas pela Administração enseja uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade, aplicação concreta do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37, caput, da Lei Maior. Em segundo lugar, possibilita aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos, harmonizando-se com o preconizado no artigo 5º, inc. XXXIII, da Constituição da República. Este caráter informativo integra, ainda, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, inc. LV.

Contudo, possível é afirmar que as audiências públicas exercem um duplo papel informativo. De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo `decididor`, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa.

Para sua efetividade, as audiências devem ser realizadas antes da edição de decisões gerais, ou anteriormente à aprovação de um projeto de grandes proporções (v.g. alteração no plano de um município, construção de um aeroporto). (RAIS, 2012, p. 35).

Tendo em vista os benefícios apontados, as audiências públicas passaram a integrar órgãos estatais fora do Poder Legislativo. Por exemplo, a Lei Orgânica do Ministério

Público prevê, no art. 27, a utilização desse instrumento como providência a ser realizada no exercício da defesa dos direitos constitucionais, sendo necessários, relatórios anuais, recomendações dirigidas a órgãos e a imediata divulgação do que foi debatido. Embora com cunho exclusivamente informativo, a audiência prevista no art. 27 permite a aproximação entre a sociedade civil e o Ministério Público, aumentando o controle e a responsabilidade dos agentes públicos.

Também a Lei nº 8.666/93 estabelece como condição de validade das licitações de grande vulto a realização de prévia audiência pública (RAIS, 2012, p. 29). O processo licitatório deverá ser iniciado, obrigatoriamente, com audiência pública convocada com antecedência mínima de quinze dias da publicação do edital e divulgada com antecedência mínima de dez dias da realização. O processo licitatório, destarte, começa com a divulgação da audiência pública, para permitir que a sociedade seja informada (1) da obra ou do serviço a ser realizado, (2) da forma pela qual será feita a execução e (3) da técnica escolhida. Como ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari, houve enorme avanço:

no que diz respeito à participação e responsabilidade da população acerca da adoção e realização de políticas públicas, bem como à transparência e à possibilidade de controle social do orçamento público. Instaura-se, portanto, uma mudança de mentalidade, passando da fase do desconhecimento para a da presença vigilante dos interessados, possibilitando ao Poder Público trabalhar e atender às necessidades dos indivíduos em seu conjunto, evitando as disfunções decorrentes do processo representativo eleitoral – o que, em muitas oportunidades, advém da falta de uma presença vigilante da sociedade. (FERRARI, 2003, p. 342).

Por sua vez, a Lei n. 9.427/96 instituiu a ANEEL e determina, no art. 4º, § 3º, que os processos decisórios que afetem os direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores serão precedidos por consultas ao público (RAIS, 2012, p. 31). Além do caráter informativo, as audiências públicas realizadas no sistema elétrico objetivam recolher subsídios para o processo decisório, abrir a possibilidade de os agentes e de os consumidores enviarem pleitos, opiniões e sugestões e conferir maior transparência e controlabilidade às atividades do Poder Público. A sessão presencial, antecedente à audiência pública, é aberta a todos, que se poderão manifestar na data e no horário definidos, a fim de apresentar sugestões ou contribuições.

Ademais, o Processo Administrativo Federal, regulado pela Lei nº 9.784/99 também usa esse novo instrumento, estipulando que, antes da tomada de decisão, a autoridade competente, diante da relevância da questão, poderá realizar audiência pública (RAIS, 2012, p. 31). Nesse caso, haverá debates orais, em sessão previamente marcada e

divulgada, para tratar das questões que, em meio ao Processo Administrativo Federal, atinjam direitos metaindividuais, transindividuais, difusos ou coletivos. A realização de audiência pública não se afigura mera faculdade da Administração Pública, devendo esta fazer a convocação sempre que identificar questões que ultrapassem os interesses das partes, sob pena de invalidade do processo administrativo.

A Lei Complementar nº 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas, também contém inovações que dão maior significado à democracia participativa no Brasil. Abriu-se a possibilidade de qualquer contribuinte, isto é, qualquer pessoa que leve dinheiro aos cofres públicos, consultar ou apreciar as contas, nos termos do art. 31 da Constituição Federal. Como ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *"a austeridade 'somente se faz possível se granjear adesão social mínima e, mais do que isso, se militar a seu favor o protagonismo dos cidadãos'"* (FERRARI, 2003, p. 340).

Por fim, encontram-se também no Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257/2001, disposições que *"eleva[m] a audiência pública como uma das diretrizes nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com impacto ambiental, ou com prejuízos ao conforto, ou à segurança da população"* (RAIS, 2012, p. 33). Com efeito, os arts. 43, 44 e 45 da Lei nº 10.257/2001 estabelecem regime de gestão democrática da cidade, caracterizado pela realização de audiências e de consultas públicas, as quais configuram verdadeiras condições obrigatórias para a Câmara Municipal poder aprovar matérias orçamentárias. Como destaca Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

o Estatuto da Cidade institucionaliza uma esfera pública democratizada, tornando-a mais visível e mais confiável na medida em que limita as tentações, artimanhas e os privilégios, pela superação de barreiras entre o Estado e a sociedade civil. (FERRARI, 2003, p. 338).

Como era de se esperar, as audiências públicas também passaram a integrar a pauta de funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro. Todavia, a aceitação desse novo instrumento não se afigurou processo fácil, em razão do caráter predominantemente contramajoritário das decisões judiciais. Se os juízes devem atuar sempre de maneira imparcial, isto é, não podem assumir a parcialidade como fundamento para suas decisões, como podem audiências públicas integrar o processo de tomada de decisão judicial? Ora, se a função das audiências é permitir que os mais diversos segmentos da sociedade se manifestem com o intuito de reforçar os argumentos das partes de conflito judicial, como se torna possível a imparcialidade dos julgadores? Como muito bem salienta Diogo Rais:

a idéia de participação dos cidadãos nas atividades da Administração Pública, em especial do próprio Executivo, e nas atividades legislativas encontram fundamento na já esperada manutenção e reafirmação de suas ações, afinal, as autoridades com poder decisório são os eleitos pelos votos dessa mesma sociedade que tem o poder do voto, tornando patente a íntima relação que se guarda entre eleitores e eleitos, assim, o chamamento da sociedade para a realização do diálogo parece plenamente justificável pela lógica, tomando por base essa estreita relação. Entretanto, o mesmo raciocínio não se aplicaria, ao menos de antemão, à atividade jurisdicional brasileira, pois, além de não serem eleitos, suas decisões devem ser pautadas na mais profunda imparcialidade. (RAIS, 2012, pp. 37-38).

A resposta para o dilema foi encontrada na finalidade da audiência pública. Com efeito, esta não seria realizada para alterar as convicções jurídicas e políticas do julgador, senão para permitir que este exerça julgamento diante de circunstâncias fáticas e técnicas mais aclaradas. Desse modo, a audiência pública, nas atividades típicas do Poder Judiciário, assumiu a finalidade de trazer aos julgadores – os quais detêm apenas o conhecimento jurídico – informações acerca de outras áreas do saber, as quais se afigurariam indispensáveis para a resolução do conflito. É justamente nesse sentido que dispõe o art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, que criou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal se utilizar de audiências públicas no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade:

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Desse modo, a adoção do modelo das audiências públicas nas atividades típicas do Poder Judiciário, inicialmente, constituiu forma de se propiciar que os julgadores obtivessem conhecimento técnico-especializado de áreas diferentes do Direito. Note-se, ademais, que – ao contrário do que aconteceu com o resto da Administração Pública – as audiências realizadas pelo Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, trouxeram a possibilidade de serem ouvidas exclusivamente pessoas com experiência e autoridade na matéria, e não todos os interessados. Logo, a finalidade precípua das audiências públicas não é de formar a opinião política dos julgadores, senão de instruí-los, proporcionando-lhes o substrato fático ou científico necessário à solução da controvérsia em questão. Como aponta Diogo Rais, “*não é possível constatar a participação da sociedade no exercício da democracia, mas, sim, no exercício de auxiliares da Corte*” (RAIS, 2012, p. 56).

Contudo, mudanças no tempo e no direito transformaram as audiências públicas em instrumentos de valorização do debate público na esfera judicial, deixando de lado o caráter inicialmente apenas informativo. A partir de então, as audiências públicas conquistaram nova dimensão, afigurando-se poderoso instrumento de aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil e abrindo a possibilidade de os interessados na resolução de conflitos se fazerem ouvir pela autoridade judicial. Assim, o Supremo Tribunal Federal, a partir da Emenda Regimental nº 29 de fevereiro de 2009, tornar-se-ia o ápice de um Poder voltado também para a reafirmação de um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, o exercício democrático e participativo (RAIS, 2012, p. 56).

Como destaca Daiane de Nogueira Lira:

a participação social nos processos de interpretação e de aplicação da Constituição torna-se condição imperiosa, o que ocorrerá mediante a criação e a ampliação de instrumentos que permitam uma abertura dos processos formais de controle de constitucionalidade à participação do conjunto da sociedade civil. Assim, quanto mais o processo de interpretação e aplicação da Constituição for aberto à participação social, mais consistentes e eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional, 'enquanto respostas hermenêuticas – temporalmente adequadas – às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição. (LIRA, 2010, p. 45).

Fundamentalmente, a idéia na aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil é justamente de promover maior heterogeneidade na jurisdição constitucional, prestigiando a pluralidade como fundamento da República Federativa do Brasil. Ademais, a possibilidade de o povo – o detentor, nos termos da Constituição Federal de 1988, de todo poder – participar do processo de interpretação do texto constitucional atribui mais densidade e significado ao princípio democrático que alicerça o Estado brasileiro. Também, a pluralidade na jurisdição constitucional permite que cientistas, técnicos ou integrantes de movimentos sociais colaborem com a hermenêutica constitucional, enriquecendo o debate público com teses e conceitos diversos do âmbito jurídico. Por certo, as mais alargadas abordagens e potencialidades argumentativas não de deixar a decisão judicial mais situada em seu tempo e em seu espaço, entendidos como elementos decorrentes da problemática sócio-cultural (LIRA, 2010, p. 45).

Doutrinariamente, essa idéia baseia-se na lição de Peter Häberle, como indica Diogo Rais:

Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada; muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;

Na posição que antecede a interpretação constitucional 'jurídica' dos juízes (**Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter**), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de 'participante do processo constitucional' (**Am Verfassungsprozess Beteiligte**) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (**die pluralistische Öffentlichkeit**) desenvolve força normatizadora (**normierende Kraft**). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização pública. (RAIS, 2012, p. 75).

Os intérpretes da Constituição, outrossim, não poderiam ficar restritos apenas às autoridades públicas e partes formais dos processos de controle de constitucionalidade, mas deveriam expandir-se, passando a abranger todos os que, direta ou indiretamente, vivenciam a realidade constitucional. Assim, receberiam voz no processo constitucional novos intérpretes constitucionais, como pareceristas, peritos, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados, a imprensa, o rádio, a televisão, os cidadãos, as igrejas, os teatros, as editoras, os pedagogos, entre todos os outros que vivam a realidade fática da Constituição (LIRA, 2010, p. 46). Afinal, na lição de Daiane Nogueira de Lira, citando, em parte, Pierre Bourdieu,

"a interpretação opera **historicização da norma**, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco." Portanto, é preciso superar a idéia de autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídica como totalmente libertos do peso social. (LIRA, 2010, p. 62, grifo do autor).

Logo, a *Verfassung*, documento político que se encontra em constante processo de concretização e de acumulação de significado, há de ter o seu conteúdo (*Inhalt*), isto é, o que nela está contido, definido pelo maior número de participantes possível, sendo a interpretação judicial apenas mais uma visão dentro de uma sociedade aberta e pluralista. O Direito, desse modo, deixar de ser área meramente especializada e técnica da realidade constitucional para se tornar parte ativa de sistema social que se encontra em constante formação e descobrimento. Ademais, a maior abertura da jurisdição constitucional afigura-se justamente a condição de comunicação entre a realidade fática e a norma, elemento essencial para a interpretação do conteúdo da Constituição.

Não é mais possível admitir a concepção de que a análise de (in)constitucionalidade das leis é baseada em mero juízo teórico e realizada através do confronto entre duas normas, sendo uma superior à outra, portanto mera questão de direito [...] (LIRA, 2010, p. 65).

Conseqüentemente, a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, além de constituir elemento necessário à própria funcionalidade do controle de constitucionalidade, também permite a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil, enriquecendo o debate público, tornando mais cabíveis e legítimas as decisões judiciais, dando maior significado à democracia brasileira e facilitando a concretização do conteúdo da Constituição em uma sociedade plural e aberta.

Tendo em vista a nova dimensão da democracia participativa brasileira, o Supremo Tribunal Federal, inovando no âmbito do Poder Judiciário, aprovou, em 11 de fevereiro de 2009, a Emenda Regimental nº 29, que introduziu diversas mudanças no regramento das audiências públicas na jurisdição constitucional, objetivando possibilitar e valorizar o debate público na esfera judicial. A nova redação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal trouxe as seguintes mudanças:

1. A legitimidade para convocação da audiências pública, antigamente restrita apenas ao Ministro Relator, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, para Ações Diretas de Inconstitucionalidade e para Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, para Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi estendida ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, respeitados os requisitos da repercussão geral e do interesse público relevante;
2. As audiências públicas, que estavam restritas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, às Ações Declaratórias de Constitucionalidade e às Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, passaram a ser cabíveis em qualquer feito em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, podendo, inclusive, ser realizadas de forma desvinculada a qualquer processo, desde que convocadas pelo Ministro Presidente da Corte;
3. A convocação da audiência, que será realizada por despacho, receberá ampla divulgação, para além da mera publicação no Diário Oficial, e fixará o prazo para a indicação dos que serão ouvidos;
4. Se houver defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, em respeito à isonomia, ao pluralismo e ao devido processo legal, será garantida a participação das diversas correntes

de opinião;⁷ respeitando a paridade e a pluralidade, o Ministro que presidir a audiência selecionará as pessoas que serão ouvidas, divulgará a lista de habilitados e determinará como se darão os trabalhos;⁸

5. Os trabalhos serão transmitidos pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, além de haver o registro e a juntada dos autos ao processo vinculado ou, se se tratar de audiência desvinculada a qualquer feito, o arquivamento no âmbito da Presidência.

Outrossim, as audiências públicas nas atividades típicas do Poder Judiciário, a partir da Emenda Regimental nº 29 de 2009, adquiriram claro objetivo de densificação da democracia brasileira e de aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade civil, permitindo, por intermédio do respeito aos princípios da publicidade, da documentação, da isonomia e do pluralismo, que os mais diversos grupos e movimentos sociais participem ativamente da hermenêutica constitucional.

Entretanto, a aproximação entre Poder Judiciário e sociedade civil, por intermédio da audiência pública, não se restringiu ao Supremo Tribunal Federal. Exemplo de abertura à participação dos movimentos sociais na atividade típica do Judiciário é o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral, que, antes de editar as resoluções que servirão de marco regulatório para o período eleitoral, realiza audiências públicas, convidando as lideranças partidárias, as empresas de pesquisa de opinião e os veículos de comunicação. Como aponta Diogo Rais, *“os participantes (...) participam ativamente da elaboração das regras que se submeterão opinando e debatendo pontos fundamentais e levando aos ministros potente substrato”* (RAIS, 2012, p. 38).

Também o Tribunal Superior do Trabalho adota audiências públicas como forma de permitir, a juízo do Ministro-Presidente, que sejam ouvidos os depoimentos de pessoas com excepcional experiência e autoridade nas áreas acerca das quais se há de decidir

⁷ Acerca das audiências públicas, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, afirma que, *“dada a natureza processual do instituto, todos os princípios constitucionais, infraconstitucionais e doutrinários que se imponham aos processos administrativos sobre ele incidem plenamente, como, desde logo, o do devido processo, com seus consectários; o da publicidade, que é da própria essência da atividade pública; o da instrução, permitindo o interrogatório dos participantes; e o da economia processual, bem como o da oficialidade, que rege a impulsão de ofício, o da verdade material, que exige a investigação dos fatos como realmente o são, e não como se apresentem em suas versões, o do formalismo moderado, que recomenda a simplicidade suficiente ‘para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa’”* (FERRARI, 2003, p. 344).

⁸ Embora, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, não estejam expressas a paridade e a pluralidade, todos os Ministros, em todas as audiências públicas realizadas até hoje no STF, tiveram a preocupação de permitir a manifestação relativamente igualitária de todas as opiniões.

dissídio de grande repercussão social ou econômica. Nesse contexto, o Regimento Interno do TST, a partir do Ato Regimental nº 01 de 2011, passou a considerar como fundamentais à realização da audiência pública a publicidade, a documentação, a isonomia e a pluralidade, devendo-se, sempre que possível, garantir a participação paritária entre representantes do capital e do trabalho.

Por fim, as audiências públicas deixaram de ser instrumento exclusivo dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, passando a integrar também o rito das ações civis públicas que corram em primeira instância, tanto na Justiça Estadual, quanto na Federal.

Diante desse contexto, Diogo Rais conclui que:

Embora não tenha sido objeto de preocupação do legislador (ou dos tribunais em sede do exercício de sua função atípica normativa – ao menos na primeira instância), a audiência pública se popularizou por todo o Estado e por consequência atingiu todas suas funções e atividades, percebendo a adoção dessa prática inclusive pelo Judiciário. O Judiciário, ainda que – de certa maneira – distante da audiência pública, passa a buscar alternativa para ouvir a sociedade, além disso o Supremo Tribunal Federal, como além de Tribunal Constitucional é órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro, se presta ao papel de paradigma para toda a Justiça brasileira, inspirando cada vez mais a adoção desse instrumento. (RAIS, 2012, p. 42).

É claro que a maior aproximação, propiciada pela adoção das audiências públicas, entre o Poder Judiciário e a sociedade civil também traz perplexidades para o sistema constitucional brasileiro. Afinal a criação de meio direto de comunicação entre o Tribunal Constitucional e a sociedade civil permite que se comprometa a imparcialidade esperada do Poder Judiciário, uma vez que é possível que a população exerça pressão política sobre os magistrados. A própria finalidade das audiências públicas, ademais, é intensificar a participação direta da sociedade civil nas decisões dos órgãos públicos, o que, em certo ponto, entra em contradição com o caráter predominantemente contra-majoritário atribuído ao Poder Judiciário nas democracias constitucionais modernas. Ora, se a função da *Verfassungsgericht* é defender, com base nos direitos fundamentais, as minorias contra eventuais excessos do Parlamento, qual sentido faria sujeitar os Ministros a bateria de audiências nas quais maiorias terão mais voz?

Segundo afirma Hans Kelsen, citado por Diogo Rais:

Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da minoria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma

ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria se revela perigosa para paz social. (RAIS, 2012, p. 77).

Sobre o mesmo tema, Diogo Rais ensina que:

Diante de tantos efeitos é evidente e inevitável que haja produção de efeitos colaterais, como, por exemplo, a produção de pressão popular (como aliás ocorreu em todas audiências públicas realizadas), mas talvez em nenhuma tenha sido tão patente quanto na primeira audiência pública que tratou da Lei de Biossegurança. Foi na ocasião provocada a curiosa situação: a população que não se ateve ao debate e suas premissas reduziu a questão em um simplório embate entre franquear a possibilidade da descoberta da panacéia diante de todas as deficiências humanas ou o simples descarte de "algo". A sociedade recebeu a questão de forma apaixonada e completamente imprudente, forçando explicações de ministros que se 'justificaram' tanto diante da mídia não especializada, quanto no teor do próprio voto.

Esse efeito colateral poderia ser o fundamento para se levantar contra audiência pública pensando-a como um instrumento de destruição da lógica do tribunal, ou seja, transformaria o Tribunal Constitucional em mero mecanismo de decisão democrática majoritária, onde os ministros poderiam ser substituídos por urnas eletrônicas e a sociedade decidiria diretamente a questão. Entretanto, já que a única diferença entre o remédio e o veneno é a dose, a audiência pública também merece o uso com parcimônia, ademais, a pressão popular realizada é ínfima se comparada àquela realizada em silêncio pelos vãos de qualquer tribunal, e, por isso, mesmo diante desse perigoso efeito colateral, a audiência pública ainda se sobressai, pois, ela não cria pressão a ser imposta aos ministros, mas somente pluraliza a pressão que sempre existiu dando voz à sociedade em geral. (RAIS, 2012, pp. 130-131).

Na verdade, a tensão entre Poder Judiciário, entendido como órgão contra-majoritário, e audiências públicas, instrumento comumente utilizado pelo órgão majoritário por excelência, o Parlamento, somente pode ser harmonizada quando se respeitam, no processo de realização da audiência e nos debates em si, os princípios básicos da jurisdição. Por conseguinte, é necessário que a atuação do Poder Judiciário, mesmo durante a audiência, paute-se pelo respeito aos postulados da imparcialidade do julgador, da indisponibilidade do direito a ser aplicado e da inafastabilidade do julgamento. Não é permitido, com efeito, que juiz algum assuma a parcialidade como fundamento de decisão judicial, decida acerca das premissas jurídicas a serem aplicadas ao caso, isto é, a justiça ou a injustiça da própria *Rechtsordnung*, ou opte por não solucionar a controvérsia.

Nesse sentido, é fundamental, em respeito à imparcialidade do julgador, que sejam respeitados, na composição dos *amici curiae* e nos trabalhos da audiência pública, a isonomia e a paridade entre as diversas correntes de opinião. Logo, não se deve privilegiar qualquer corrente de opinião durante os debates, o que prestigia o pluralismo e a essência do princípio democrático, fundamentos do Estado Brasileiro. À medida que mais se abrir a possibilidade de todas as diferentes as visões de mundo (*Weltanschauungen*), manifestarem-

se perante o Poder Judiciário, desde que respeitadas a isonomia e a paridade, melhor se situará a decisão judicial. Obviamente, não há dar crédito à imparcialidade de julgador que concede grande parte do tempo a determinados *amici curiae*, ao mesmo tempo que desfavorece outros. Nesse caso, as audiências públicas trariam à esfera judicial o que António Manuel Hespanha chama de "métodos de contar maiorias".

Igualmente, a utilização de audiências públicas no Poder Judiciário não deve objetivar transformar o juiz em verdadeiro legislador. Não é adequado, afinal, que o julgador procure identificar, nas manifestações dos *amici curiae*, elementos que questionem a justiça ou injustiça do próprio ordenamento jurídico. Cabe ao julgador, com efeito, solucionar a controvérsia concreta, sendo a audiência pública instrumento de informação e de convencimento. Conseqüentemente, a inquirição acerca a justiça ou da injustiça do direito objetivo deve ser abordada pelo Parlamento, por intermédio de instrumentos próprios.

Por fim, o respeito à inafastabilidade da jurisdição se dá à medida que os juízes se mostram abertos às finalidades da audiência pública e resolvem as controvérsias levando em consideração o que foi debatido. Logo, não é suficiente que o Poder Judiciário profira decisão solvendo a controvérsia; precisa-se de que o julgamento se relacione com o deslinde aberto do processo, dialogando com a sociedade civil que se fez expressar pelos *amici curiae*. A inafastabilidade do Poder Judiciário, portanto, afigura-se exigência para a aproximação entre julgadores e sociedade civil, além de garantir a efetividade da própria jurisdição como forma de controle de expectativas sociais.

É, com efeito, somente com a observância dos critérios apontados acima que as audiências públicas podem ser incorporadas ao funcionamento típico do Poder Judiciário sem que se incorra em evidente deturpação da atividade judicial.

CAPÍTULO 3 ESTUDO DA ADPF Nº 186 E DO RE Nº 597.285/RS

Objetivo do estudo de casos

O objetivo do estudo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 é aferir a efetividade das audiências públicas como instrumento de informação e de convencimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras: tenta-se determinar até que ponto os participantes da audiência pública tiveram a possibilidade de trazer maior diversidade à discussão realizada no Supremo Tribunal Federal e em que medida os magistrados, em especial destaque o Ministro Relator, utilizaram-se das informações e opiniões trazidas pelos *amici curiae*. Afinal, pouco sentido há na realização de audiência pública se os julgadores, depois de realizadas todas as diligências e discussões, decidissem a causa sem qualquer referência ao que foi debatido.

Afinal, um dos efeitos diretos da realização das audiências públicas é criar ônus argumentativo para o julgador, isto é, este, caso deseje rejeitar as teses expostas pelos participantes, deveria apresentar *stärkere Gründe* suficientes para conferir legitimidade à decisão. Evidentemente, deve-se levar o efeito *cum grano salis*, especialmente em relação ao Poder Judiciário, já que seria impossível exigir que o juiz, após a realização de audiência pública, tivesse de rebater todos os argumentos em sentido contrário ao da sua convicção.

Com efeito, a criação de ônus argumentativo traduz a necessidade de o Magistrado considerar o que foi debatido na audiência pública, garantindo que o ato decisório estará melhor situado no contexto social. O juiz, assim, não fica obrigado a afastar todos os argumentos e todas as questões trazidas na audiência pública, mas também não pode deixar de considerar o conteúdo (*Inhalt*) dos debates. Senão, as audiências públicas se transformariam em mero instrumento de retórica, permitindo que o Poder Judiciário – sob um falso fundamento de aproximação com a sociedade civil e de diversificação e de valorização do debate público – decida causas só com base na opinião dos magistrados.

Ademais, a análise também verificará e tentará construir "perfil" dos *amici curiae*. Ora, se se trata de instrumento que visa a permitir a aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade civil, espera-se que se dê a oportunidade de se manifestar a representantes de movimentos sociais. Seria, afinal, apenas com a manifestação dos grupos que, de fato, encontram-se no seio da sociedade que ocorreria a desejada aproximação. Aliás, a escolha de quais grupos se manifestarão na audiência também influencia elementos

importantes como a isonomia e a paridade, o que pode acabar por gerar distorções na própria funcionalidade da audiência. A efetividade da audiência pública, por conseguinte, depende da prudente habilitação dos *amici curiae*.

Escolha do caso-paradigma

A eleição da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 como caso-paradigma para a apuração da efetividade das audiências públicas não foi arbitrária. Com efeito, a escolha baseou-se nos seguintes critérios:

1. A ADPF nº 186 tratou da admissibilidade das cotas raciais nas instituições públicas de ensino superior, assunto que, sem a menor dúvida, causou grande comoção e despertou interesse social. O tema, com efeito, traz à tona diversas questões acerca da isonomia, da justiça, do preconceito, do racismo, da intolerância, da história pátria, entre diversos outros assuntos que despertam calorosas discussões nos mais variados espaços públicos. Não é à toa, é evidente, que a questão chegou a ser incluída na pauta do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu, inclusive, realizar audiência pública com a finalidade de auxiliar a resolução da controvérsia. A utilização da ADPF nº 186 para a análise da funcionalidade da audiência pública se alicerça no interesse que os mais variados grupos sociais têm de se manifestar no julgamento, o que potencializa a efetividade do debate público realizado.
2. Ao contrário de outras audiências públicas, que trataram de temas que demandavam bastante conhecimento técnico-especializado, como a ADPF nº 101, que versava sobre a importação de pneus usados, ou a ADI nº 3.937, que tratava da proibição do uso de amianto, a ADPF nº 186 abordou tema amplamente discutido pela sociedade brasileira. Sempre foi comum, como se sabe, o debate acerca das ações afirmativas, seja em instituições de ensino médio, seja em palestras, seja em diversos outros eventos públicos. Desse modo, a grande difusão do tema e a desnecessidade de conhecimentos técnicos aprofundados criam contexto de maior facilidade para a manifestação dos interessados, especialmente os

movimentos sociais e os outros grupos organizados que exerçam alguma forma de pressão social. Ademais, a grande abertura e importância do tema, que diz respeito a elementos bastante sensíveis da realidade brasileira, fazem todos os interessados desejarem ter-se a voz ouvida. Ainda, é importante destacar, como ensina Ronald Dworkin, que os casos difíceis (*hard cases*) escondem, por trás de questões aparentemente técnicas, dilemas essencialmente morais, como é o caso das cotas raciais para o ingresso no ensino superior. Logo, facilita-se a manifestação dos interessados na controvérsia, tendo em vista que todos têm opiniões formadas sobre o conflito moral abordado. Ao mesmo tempo, fica superada a dimensão exacerbadamente técnica do caso, a qual impedia que os grupos sociais não detentores de conhecimento jurídico especializado se manifestassem.

3. As audiências públicas, embora tenham sido presididas pelo Relator da ADPF nº 186, o Ministro Ricardo Lewandovsky, também contaram com a presença, mesmo que não durante todas as manifestações, de outros ministros, como o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Cármen Lúcia, maximizando as oportunidades de informação e de convencimento dos membros do Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que, como exposto anteriormente, não é obrigatória, na audiência pública, a presença de nenhum ministro do STF, com exceção do Relator do processo a que esteja vinculada.
4. A ADPF nº 186 se originou da impugnação pelo partido Democratas de atos administrativos emanados da Universidade de Brasília, instituição pública de ensino superior na qual a presente pesquisa foi desenvolvida. A maior proximidade com a realidade universitária brasiliense fornece ainda outro fundamento para a escolha da ADPF nº 186. Obviamente, o caso das cotas raciais nas instituições públicas de ensino superior apenas se desenvolveu originariamente na Universidade de Brasília, adquirindo, posteriormente, grande importância social e propiciando que a

questão fosse levada ao controle concentrado de constitucionalidade. Outrossim, a ADPF nº 186 trata de questão originária da UnB que assumiu maiores proporções, chegando ao Supremo Tribunal Federal.

5. A reserva, com base em critérios raciais, de vagas para o ingresso em instituições pública de ensino superior, o objeto da ADPF nº 186, já foi amplamente estudada por juristas do mundo inteiro, o que facilita a análise da efetividade da audiência pública, dada a riqueza do debate realizado.

Deslinde processual da ADPF nº 186 e do RE nº 597.285 e criação do "perfil" dos *amici curiae* do Supremo Tribunal Federal

A quinta audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, voltada para a discussão das políticas de ação afirmativa no ensino superior baseadas em critérios raciais, foi convocada, em 15 de setembro de 2009, pelo Ministro Ricardo Lewandowski,⁹ o Ministro-Relator, tanto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, ajuizada pelo partido político Democratas contra o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, quanto do Recurso Extraordinário nº 597.285, interposto por estudante que se sentiu prejudicado pelo sistema de cotas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ambos os processos tratavam de insurgências contra a política de reserva de vagas, em instituições públicas de ensino superior, com base em critérios raciais: na ADPF nº 186, o partido Democratas, alegando violação aos artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 37, 207 e 208 da Constituição Federal, insurgiu-se contra a reserva de vagas no vestibular da Universidade de Brasília; já no Recurso Extraordinário nº 597.285, o recorrente, estudante, alegou a inconstitucionalidade da reserva de vagas, pois ele não conseguiu a pontuação necessária para a admissão no curso de Administração, mas tinha obtido mais pontos que candidatos aprovados pelo sistema de cotas.

⁹ Ressalte-se que a convocação foi realizada na Emenda Regimental no 29 do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, foi necessário que o Ministro Relator, o qual convocou a audiência, comprovasse os requisitos da repercussão geral e da relevância do tema. Nesse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que "*a questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão nas universidades brasileiras. Além disso, evidencia-se a repercussão social, porquanto a solução da controvérsia em análise poderá ensejar relevante impacto sobre políticas públicas que objetivam, por meio de ações afirmativas, a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior.*" (RAIS, 2012, p. 114). Isso somente reforça a idéia da grande relevância socialmente atribuída ao tema, traduzindo-se em ainda mais um fundamento para a análise do presente caso.

Após a convocação, foi aberto edital instigando os interessados a participar, sendo que, para facilitar os trabalhos, foram fornecidos os dados dos processos que suscitaram a controvérsia, a data de realização da audiência pública e os horários a ser atribuídos para cada manifestação. A lista de habilitados, escolhidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, obedeceu à seguinte lógica (RAIS, 2012, p. 116):

1. No primeiro dia, manifestar-se-iam as instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial;
2. No segundo dia e na manhã do terceiro, ceder-se-ia espaço ao debate de teses, respeitada a paridade entre opiniões diversas;
3. Na tarde do terceiro dia, possibilitar-se-ia que as instituições públicas de ensino superior apresentassem as suas experiências com o sistema de cotas e que a Associação dos Juízes Federais expusesse jurisprudência sobre o assunto.

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski:

tendo em vista o grande número de requerimentos recebidos (252 pedidos), foi necessário circunscrever a participação da audiência a reduzido número de representantes e especialistas. Os critérios adotados para a seleção dos habilitados tiveram como objetivos garantir, ao máximo, (i) a participação dos diversos segmentos da sociedade, bem como (ii) a mais ampla variação de abordagens sobre a temática das políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior. (RAIS, 2012, p. 115).

Irresignado com o cronograma, o partido Democratas peticionou perante o Supremo Tribunal Federal com o intuito de conseguir reformulação da pauta de atividades. Alegou-se suposta quebra na isonomia entre defensores e opositores, pois, na primeira e na última fases da audiência, haveria mais *amici curiae* favoráveis às cotas. O Ministro Ricardo Lewandowski, todavia, manteve o cronograma original, sustentando que os representantes dos órgãos estatais e das instituições de ensino trariam experiências, tanto positivas, quanto negativas, acerca do sistema de reserva de vagas.

Todavia, na opinião de Diogo Rais:

de fato a divisão comporta uma crítica: da forma em que foi dividida a audiência pública levanta-se um risco enorme daquelas pessoas que tenham experiência na matéria e também tenham preferência por certa tese, podendo desequilibrar a audiências pública. A questão ganha relevância pelo fato de não haver espaço e tempo suficientes para que ouçam todos os interessados, assim, deve-se restringir a participação, e caso essa restrição não revele a pluralidade dos pensamentos que orbitam a sociedade, a audiência pública pode não surtir alguns dos seus desejáveis efeitos, dentre eles destacamos

seu efeito direto e o fornecimento de substrato fático aos ministros. (RAIS, 2012, p. 117).

Além dos participantes formais da jurisdição constitucionais, exigidos por lei, quais sejam o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, manifestaram-se, dentro dos 252 interessados na audiência pública, os seguintes *amici curiae*, de acordo com o que consta do *site* do Supremo Tribunal Federal:

1. Alan Kardec Martins Barbiero, representando a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES);
2. José Jorge de Carvalho, professor da Universidade de Brasília;
3. Carlos Alberto da Costa Dias, Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis;
4. Carlos Eduardo Souza Gonçalves, Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
5. Carlos Frederico Mares de Souza Mares, professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR;
6. Marcelo Henrique Romano Tragtenberg, professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);
7. Augusto Canizella Chagas, Presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE)
8. Denise Fagundes Jardim, professora do Departamento de Antropologia e do Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);
9. Ministro Edson Santos de Souza, Ministro da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR).
10. Eduardo Magrone, Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
11. Erasto Fortes de Mendonça, Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH;
12. Eunice Ribeiro Durham, Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP) e professora titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente professora

emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

13. Fábio Konder Comparato, representando a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO).
14. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, representando a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE).
15. Flávia Piovesan, professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), representando a Fundação Cultural Palmares.
16. George de Cerqueira Leite Zahur, antropólogo e professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais;
17. Giovane Pasqualito Fialho, recorrente do Recurso Extraordinário nº 597.285/RS, representado por seu advogado, Dr. Caetano Cuervo Lo Pumo;
18. Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves, representando o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e a Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA);
19. Ibsen Noronha, professor de História do Direito do Instituto de Ensino Superior Brasília (IESB), representando a Associação de Procuradores de Estado (ANAPE);
20. João Feres, mestre em Filosofia Política pela UNICAMP, Mestre e Doutor em ciência política pela *City University of New York* (CUNY), representando o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ);
21. Jânia Maria Lopes Saldanha, professora da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM);
22. José Carlos Miranda , representando o Movimento Negro Socialista (MNS);
23. José Roberto Ferreira Militão, conselheiro do Conselho Estadual de Desenvolvimento da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo (1987-1995);

24. José Vicente, representando a Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS);
25. Kabengele Munanga, professor da Universidade de São Paulo (USP), representando o Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP);
26. Leonardo Avritzer, professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);
27. Luiz Felipe de Alencastro, professor titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne, representando a Fundação Cultural Palmares;
28. Marcos Antonio Cardoso, representando a Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN);
29. Maria Paula Dallari Bucci, Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP), professora da Fundação Getúlio Vargas e secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC);
30. Mário Lisboa Theodoro, Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA);
31. Oscar Vilhena Vieira, Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito pela Universidade de Columbia, Pós-doutor pela *Oxford University*, professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP);
32. Renato Hyuda de Luna Pedrosa, Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP);
33. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), advogada do partido Democratas (DEM);
34. Sérgio Danilo Junho Pena, médico geneticista formado pela Universidade de Manitoba, no Canadá, professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, no Canadá;

35. Sueli Carneiro, Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo (USP);
36. Yvonne Maggie, antropóloga, Mestre e Doutora em Antropologia Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Por motivos de saúde, estava ausente, mas se manifestou por documento escrito, lido por Cerqueira Leite Zarur;
37. Senador Demóstenes Torres, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, representando o partido Democratas;
38. Wanda Marisa Gomes Siqueira, advogada, representando o Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais;
39. Denise Carreira, Doutoranda em Educação pela Universidade de São Paulo (USP);
40. José Roberto Ferreira Militão, Graduando de Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP);
41. Senador Paulo Paim, filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT).

Nesse contexto, torna-se essencial que a escolha dos que se poderão manifestar seja fiel à idéia de que as audiências públicas são instrumento de aproximação entre o Estado e os cidadãos e de convencimento dos magistrados. Portanto, deve ser dada voz àqueles que estejam em melhores condições de representar a complexidade da sociedade civil brasileira, como, por exemplo, integrantes de movimentos sociais, líderes de grupos de pressão organizados e chefes das mais diversas associações ou entidades da sociedade civil. Sem dúvida, quão maior forem a abertura e a diversidade propiciadas pela audiência pública, melhor; uma vez que, como já exposto anteriormente, a legitimidade da decisão do Supremo Tribunal Federal aumenta à medida que maior for o diálogo com a sociedade civil.

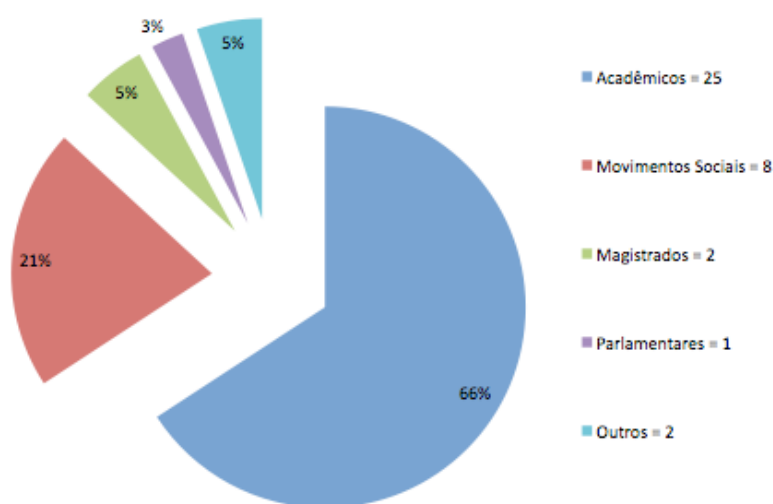
Não se pode esquecer, todavia, de que as audiências públicas também configuram instrumento de informação dos magistrados. Desse modo, ao mesmo que tempo se devem garantir a igualdade, a abertura social e o pluralismo dos debates, é imprescindível que se permita que peritos ou pareceristas nas mais diversas áreas do conhecimento possam fornecer informações especializadas que ajudem na solução da controvérsia. Afinal, não se espera que os magistrados, mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal, detenham o conhecimento imprescindível para a solução de todos os conflitos. Exemplo disso foram os

casos das telhas de amianto e da importação de pneus usados, os quais exigiam conhecimentos químicos e físicos que não podiam ser exigidos da Corte Constitucional.

Conseqüentemente, a configuração ideal dos habilitados para se manifestarem em audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal deve seguir o tênue equilíbrio estabelecido pelo binômio "aproximação-informação". Dentro da divisão, devem também ser garantidos o pluralismo, isto é, a diversidade de opiniões e de grupos aceitos para se manifestar, e a igualdade, tanto em tempo, quanto em número, entre as diferentes posicionamentos. Como expresso anteriormente, é apenas por intermédio do respeito a esses dois fatores (pluralismo e isonomia) que as audiências públicas podem ser adotadas no Poder Judiciário sem transformá-lo em mero órgão de contagem de maiorias.

Todavia, a análise dos *amici curiae* listados acima – excluídos o ex-Senador Demóstenes Torres, Giovane Pasqualito Fialho e Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, que não se manifestaram como amigos da corte, senão como partes nos processos a que a audiência pública estava vinculada, quais sejam a ADPF nº 186 e o RE nº 597.285/RS – mostra que, nem sempre, o Supremo Tribunal Federal está atento à finalidade informativa e persuasivo-argumentativa do debate público realizado junto à jurisdição constitucional. Isso porque a composição dos *amici curiae* admitidos na audiência pública, conforme expressa o Gráfico 1, não correspondeu ao ideal mencionado.¹⁰

Gráfico 1 Composição dos Amici Curiae



Dados obtidos do material constante do Anexo A.

¹⁰ Maiores informações acerca dos *amici curiae* podem ser encontradas no Anexo I.

Apenas aproximadamente vinte e um por cento (21%), isto é, somente oito dos trinta e oito *amici curiae* habilitados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, representavam entidades relacionadas a movimentos sociais ou a grupos de pressão socialmente organizados, diminuindo a possibilidade de aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade civil. Afinal, o objetivo precípua da audiência pública é justamente propiciar a abertura da jurisdição constitucional e, por conseguinte, da interpretação da Carta Magna à sociedade, prestigiando o pluralismo e a igualdade e aumentando a legitimidade das decisões do *Verfassungsgericht*. O ideal, como anteriormente destacado, seria atribuir aos representantes de movimentos sociais e de grupos organizados, respeitados a paridade e a igualdade, a maior parte do tempo disponível para o debate público, já que é o povo o destinatário final da ordem jurídica e constitucional.

Contudo, aproximadamente sessenta e seis por cento (66%) do tempo destinado ao debate público, ou seja, vinte e cinco dos trinta e oito *amici curiae*, foi concedido a acadêmicos, isto é, pessoas, majoritariamente detentoras de mestrado e doutorado, engajadas com trabalhos universitários. De fato, é imperioso reconhecer que a concessão da maior parte do tempo da audiência pública para acadêmicos contribui para a criação de espaço de debate rico e permeado por observações corretas e pertinentes. Afinal, é comum atribuir-se maior peso argumentativo às opiniões daqueles que aparentam ter melhores qualificações, especialmente as de cunho acadêmico e científico.

A concessão de grande parte do tempo da audiência pública para acadêmicos, todavia, esbarra, fundamentalmente, em dois obstáculos. Primeiramente, deixa-se de realizar a principal finalidade da audiência pública, porque acaba estabelecendo diálogo não entre a sociedade civil o Supremo Tribunal Federal, senão entre este e apenas pequena parcela do sistema social, os acadêmicos. Afinal, é muito pequena, como se sabe, a parcela da sociedade brasileira que tem acesso ao ensino superior, sendo ainda menor a quantidade de estudantes que ascendem ao mestrado e ao doutorado. Com efeito, concentrar em parcela tão pequena da sociedade brasileira a esmagadora maioria do tempo disponível para debate público na jurisdição constitucional não realiza desejada aproximação.

O que se estabelece, pelo contrário, é diálogo entre os membros do Supremo Tribunal Federal e os acadêmicos, o que – embora possa conferir maior legitimidade às decisões judiciais, dada a grande autoridade argumentativa que se atribui comumente aos "homens da ciência" – não equivale à abertura de vínculo comunicativo diretamente entre o Poder Judiciário e a sociedade civil. Sem embargo, a audiência pública,

ao invés de realizar abertura da jurisdição constitucional, acabaria apenas gerando espaço de debate público no qual as discussões se alicerçariam em um saber altamente especializado e elitizado, o qual não encontra correspondência na realidade social brasileira.

Não se pode esquecer, ademais, de que, dentro de um conjunto de 252 interessados, a escolha dos que, efetivamente, poderão manifestar-se constitui verdadeiro *trade-off*. A cada representante habilitado, dadas as restrições temporais e operacionais do Supremo Tribunal Federal, corresponde grupo social que deixou de ter voz em matéria que lhe diz respeito. O favorecimento excessivo de qualquer forma de conhecimento, por conseguinte, não apenas empobrece o debate, mas também desprestigia a diversidade de opiniões, à medida que deixa de incluir os que desejam se manifestar.

O segundo obstáculo à atribuição excessiva de tempo de debate aos acadêmicos reside no fato de que – ao se colocar um intermediário, o "homem da ciência", entre o Poder Judiciário e a sociedade civil – acaba-se por desqualificar esta como apta a expressar-se. Em outras palavras: a necessidade de intérprete (o acadêmico) da complexidade do sistema social pressupõe a incapacidade de a sociedade, por meios próprios, participar do debate público. A idéia de aproximação entre Poder Judiciário e sociedade civil depende, todavia, de que esta seja capaz de ter voz própria e de atuar de forma ativa e participativa na formação de interpretação constitucional melhor situada no tempo e no espaço. De nada serviria, afinal, a abertura da jurisdição constitucional à sociedade se esta não tivesse os meios e a capacidade de, ativamente, influenciar a hermenêutica constitucional.

Ademais, o principal fundamento para a necessidade de intermediário acadêmico é a crença, por vezes falsa, de que ele, em razão de anos de dedicação e de estudo, seria mais apto a compreender os movimentos e a complexidade sociais. O acadêmico, com efeito, seria mais hábil que a própria sociedade. A jurisdição constitucional, entretanto, não é o *locus* para se professar fé na autoridade dos estudiosos, especialmente quando a discussão não requer, demasiadamente, conhecimentos técnico-especializados, como a ADPF nº 186 e o RE nº 597.285/RS. A sociedade, pelo contrário, é sistema extremamente complexo e diversificado que não pode ser expresso ou compreendido em sua completitude pelos estudos exclusivos de um acadêmico, não importando quão profunda seja a especialização deste.

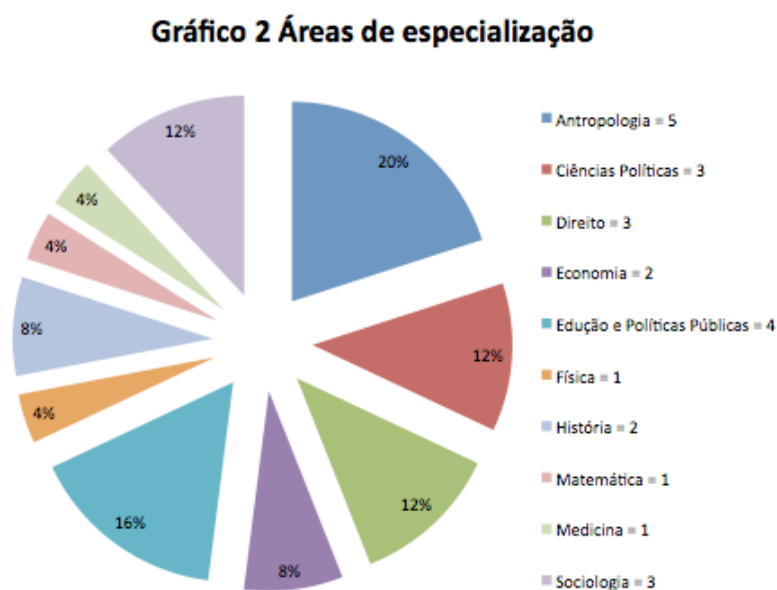
Mias uma vez, convém destacar o ensinamento de Ronald Dworkin, para quem os casos difíceis (*hard cases*) enfrentados pelo Poder Judiciário, como a ADPF nº 186, transmitem, essencialmente, conflitos morais. Nesse sentido, por trás de toda tecnicidade das discussões, os casos difíceis trazem dilemas morais subjacentes, o que permite a

manifestação, sem qualquer intermediário, da própria sociedade. Afinal, os grupos sociais, embora não detenham conhecimento sobre a técnica jurídica, são capazes de compreender a essência dos conflitos morais, de debater e de apresentar soluções.

Obviamente, não se duvida da capacidade teórica ou intelectual daqueles que dedicaram a vida à universidade. Esta, com efeito, é um dos principais pólos de crescimento e melhoria de qualquer sociedade. O que não se pode admitir é que a jurisdição constitucional, por trás da autoridade argumentativa de conhecimento técnico-especializado, cristalice a visão de sociedade passiva e incapaz de se manifestar. Logo, a participação de acadêmicos nas audiências públicas é benéfica, desde que não se incorra em excessos, impossibilitando a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil.

É importante destacar, outrossim, que a admissão de acadêmicos no debate constitucional, além de alargar os horizontes da discussão travada, também pode funcionar como elemento favorecedor do pluralismo e da diversidade de opiniões. Isso porque, embora se tenha atribuído tempo excessivo à manifestação dos acadêmicos, a distribuição das áreas de especialização destes, como destacado no gráfico abaixo, pode funcionar como forma de se atribuir maior legitimidade ao debate realizado na audiência pública, já que as dúvidas constitucionais hão de ser analisadas pelas mais variadas perspectivas.

O Gráfico 2 mostra a distribuição das áreas de especialização dos vinte e seis acadêmicos que se manifestaram na audiência pública:



Dados obtidos do material constante do Anexo A.

Embora se tenha atribuído excessiva parte do tempo da audiência pública aos acadêmicos em geral, as áreas de concentração deles são bastante diversas. Aliás, os campos do conhecimento mais próximos à temática abordada pela audiência pública, quais sejam antropologia, sociologia e direito, receberam maior ênfase; todavia, diferentemente do primeiro gráfico, não houve atribuição de mais de vinte por cento (20%) do tempo total da audiência pública a nenhuma área do conhecimento. A distribuição do tempo entre os campos de especialização, logo, foi mais heterogênea e promoveu maior diversidade no debate público, tendo em vista que nenhuma área do conhecimento deteve monopólio sobre a discussão. Dessa forma, seleção dos *amici curiae* prestigiou o pluralismo e contribuiu para o aprofundamento do debate, conferindo aos magistrados informações pertinentes e precisas.

Manifestaram-se na audiência pública representantes de órgãos do Poder Executivo (como reitores de universidades e secretários de Ministérios, por exemplo) e do Poder Judiciário (o Sr. Carlos Alberto da Costa Dias, Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis, e a Sra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, representante da Associação dos Juizes Federais do Brasil), demonstrando que o Supremo Tribunal Federal aspira a melhor comunicação institucional entre os órgãos estatais. Foi a partir das manifestações do Poder Executivo que a Corte Constitucional conseguiu obter informações precisas acerca da aplicação (e seus efeitos) do sistema de cotas nas instituições de ensino superior, o que, certamente, constitui substrato fático fundamental à solução da dúvida constitucional. Do mesmo modo, as exposições do Sr. Carlos Alberto da Costa Dias e da Representante da AJUFE contribuíram de modo a informar os magistrados de como o Poder Judiciário tem resolvido demandas semelhantes, criando meios de se minimizarem os efeitos colaterais da decisão judicial a ser tomada.

Adicionalmente, registre-se que foi dada a oportunidade de se manifestar a membro do Poder Legislativo, o Senador Paulo Paim, filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT). Ressalte-se, neste ponto, que não se inclui o ex-Senador Demóstenes Torres na lista de *amici curiae*, tendo em vista a filiação dele ao partido Democratas, que ajuizou a ADPF nº 186. Conseqüentemente, o ex-Senador Demóstenes Torres não atuou como verdadeiro amigo da Corte Constitucional, senão no interesse de uma das partes litigantes. Logo, apenas o Senador Paulo Paim foi efetivo *amicus curiae* originário do Poder Legislativo.

É, ademais, justificável a admissão do Senador Paulo Paim como *amicus curiae*, pois – embora a adoção do sistema de reserva de vagas seja matéria abarcada pela autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição Federal, o que dispensaria a

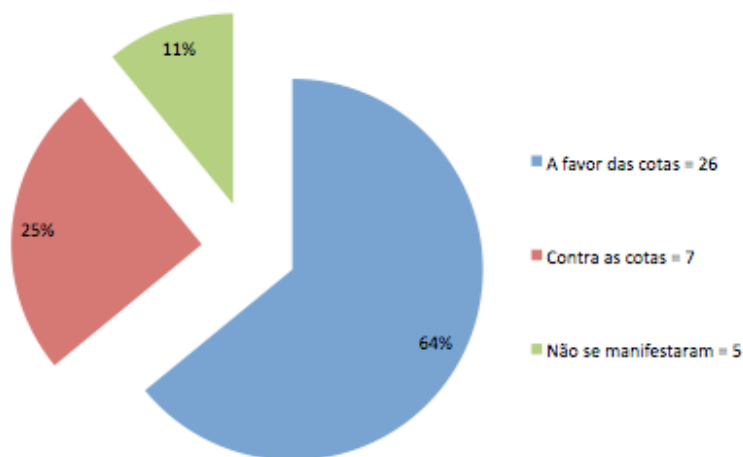
edição de lei – é aconselhável ouvir-se também o Poder Legislativo, em razão da isonomia entre os três Poderes. Afinal, o Parlamento é órgão majoritário por excelência e capaz de representar mais acertadamente a vontade popular sobre questão tão amplamente debatida. O próprio Senado Federal, aliás, já realizou audiência acerca do cabimento ou não do sistema de reserva, por critérios raciais, de vagas no ensino superior público. Consigne-se, por fim, que o Senador Paulo Paim foi um dos idealizadores do Estatuto da Igualdade Racial, a Lei nº 12.288/2010, possuindo ampla experiência prévia com o racismo, a discriminação e a desigualdade brasileira, temas muito relacionados ao objeto da audiência pública.

Nesse contexto, considerando a informação constante da lista de habilitados a se manifestar, dos dois gráficos anteriores e das considerações feitas acima, conclui-se que o perfil dos *amici curiae* admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, na audiência pública vinculada à ADPF nº 186 e ao RE nº 597.285/RS, é o seguinte: cidadãos que detenham (1) alto nível de escolaridade, preferencialmente com mestrado e doutorado, e (2) formação acadêmica, atuação profissional ou experiência prévia em área do conhecimento relacionada ao objeto da discussão. Note-se, nesse ponto, que o alto grau de escolaridade está presente não só no grupo dos acadêmicos, sendo o nível superior completo praticamente a regra também no resto dos *amici curiae*. O Supremo Tribunal Federal, outrossim, aparenta privilegiar, na escolha dos habilitados para participar das audiências públicas, os interessados que demonstrarem ter alto nível de escolaridade, abrangendo, ao menos, o ensino superior completo, o que é a característica principal da esmagadora maioria dos *amici curiae* que se manifestaram na ADPF nº 186 e no RE nº 597.285/RS.

Mais uma vez, cabem as críticas que já se fizeram anteriormente à concentração excessiva de voz ao grupo dos acadêmicos no sentido de que não é o fim da oitiva de *amici curiae* transformar a jurisdição constitucional em espaço para a perpetuação de forma de conhecimento elitizada e distanciada da realidade social brasileira. Se a audiência pública, como proposto por Peter Häberle, tem a finalidade de propiciar abertura da interpretação da Constituição a todos aqueles que vivem a realidade constitucional, como meio de conferir maiores legitimidade e adequação às decisões tomadas pela Corte Constitucional, não é compreensível que se restrinjam as manifestações à elite intelectual brasileira. Sem embargo, uma aproximação plena entre o Poder Judiciário e a sociedade civil não poderá existir enquanto menos de 1% da população brasileira receber o poder de se expressar em nome da maior parte do sistema social.

Por fim, última crítica à composição dos *amici curiae* pode ser formulada com base nas informações constantes do Gráfico 3:

Gráfico 3 Sentido da manifestação



Dados obtidos do material constante do Anexo A.

Como se pode notar, embora o Ministro Ricardo Lendowski tenha afirmado ser o objetivo da divisão "*garantir, ao máximo, (i) a participação dos diversos segmentos da sociedade, bem como (ii) a mais ampla variação de abordagens*" (RAIS, 2012, p. 115), a grande maioria dos *amici curiae* se manifestou a favor das cotas raciais nas instituições públicas de ensino superior. Apenas sete amigos da corte trouxeram opiniões contrárias às ações afirmativas, sendo que os cinco restantes atribuíram às suas exposições caráter primordialmente informativo. Assim, não foi respeitada a paridade, requisito essencial das audiências públicas realizadas por órgão contra-majoritário.

A composição não paritária dos *amici curiae* confere maior preponderância a determinada opinião, deturpa a imparcialidade como característica da jurisdição e aproxima o Supremo Tribunal Federal do Parlamento, à medida que ambos utilizam "técnicas de contagem de maiorias". Desse modo, o Poder Judiciário, o órgão responsável pela proteção do mínimo constitucionalmente assegurado à minoria, acaba por se transformar em mero instrumento de confirmação da vontade da maioria, pois, à medida que confere maior importância às opiniões majoritárias, desprestigia as minoritárias.

Ademais, a composição assimétrica dos *amici curiae*, além de desvirtuar o espaço de debate público, compromete a imparcialidade do juiz, requisito básico da jurisdição. A partir do momento em que o julgador – ao eleger os participantes da audiência pública que servirá de fundamento para decisão judicial futura – escolhe dar prevalência a

determinada corrente de opinião, não há como se falar na imparcialidade característica da judicatura. Afinal, são apenas a paridade, a isonomia e o pluralismo que garantem, não apenas a efetividade da audiência pública, mas também a função contra-majoritária do Poder Judiciário nas democracias constitucionais modernas.

Análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF nº 186

Como já exposto anteriormente, o objetivo da presente pesquisa é determinar até que ponto as audiências públicas são instrumentos efetivos, ou seja, aferir, na medida do possível, em que medida os debates realizados funcionaram como instrumento de informação e de convencimento dos magistrados. Para realizar a análise, é necessário descobrir se os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao decidir determinada controvérsia, foram, ou não, influenciados pelas discussões realizadas na audiência pública. Por conseguinte, a análise se pautará pela comparação entre o que consta das notas taquigráficas fornecidas pelo *site* do Supremo Tribunal Federal, e o que foi utilizado pelo Ministro Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, como *ratio decidendi* para a solução da questão constitucional abordada na ADPF nº 186 e no RE nº 597.285.

Ademais, é importante ressaltar que, embora as audiências públicas sejam realizadas com a finalidade de melhor informar o Supremo Tribunal Federal, a presença de todos Ministros não é compulsória. Com efeito, é apenas o Ministro Relator que deve estar presente durante toda a audiência pública, pois é a ele que cabem a presidência e a organização dos trabalhos. Nesse contexto, diante da existência de Ministros que julgaram a ADPF nº 186 e no RE nº 597.285 sem ter participado da audiência pública, a presente análise se limitará ao teor do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Será, por conseguinte, a partir da comparação tópico a tópico entre o teor das notas taquigráficas e a *ratio decidendi* fornecida pelo Ministro Relator que se concluirá acerca da eficácia da audiência pública. Se parte dos argumentos utilizados pelo Ministro tiver ressonância no que foi discutido pelos *amici curiae*, conclui-se que, ao menos nesse ponto, houve alguma forma de influência das entidades da sociedade civil sobre o Poder Judiciário; nas partes do voto em que o Ministro Relator se distanciar das discussões realizadas na audiência, presume-se que os fundamentos utilizados para solver a controvérsia advieram de qualquer outra fonte que não as informações trazidas pelos *amicus curiae*.

A análise parte da premissa de que o Ministro Relator, ao redigir o voto, foi sincero, isto é, utilizou apenas os argumentos que julgou mais convincentes para defender

sua decisão. Daí se conclui, necessariamente, que, se algum argumento não consta do teor do voto em análise, é porque o Ministro Ricardo Lewandowski, ou encontrou fundamento melhor, ou não concordou com o argumento trazido pelos *amici curiae*. Em qualquer dessas hipóteses, presumir-se-á que a decisão teria sido decidida da maneira que foi sem a utilização da audiência pública, demonstrando que esta teria sido, ao menos parcialmente, ineficaz na função de informar ou de convencer os membros do Poder Judiciário.

A análise seguirá, tópico a tópico, os fundamentos trazidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski para resolver o mérito da questão constitucional. Após a síntese dos argumentos trazidos pelo Ministro, mostrar-se-ão as manifestações similares dos *amici curiae*, se as houver. Caso contrário, evidenciar-se-ão as diferenças existentes. Em seguida, serão realizadas conclusões parciais acerca da ressonância argumentativa entre a *ratio decidendi* do voto e as notas taquigráficas. Por fim, será fornecida conclusão final, que abrangerá o conteúdo da íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

1 Igualdade formal versus igualdade material

O Ministro Ricardo Lewandowski inicia a fundamentação com a diferença entre igualdade formal e igualdade material, asseverando que o Constituinte de 1988, buscando conferir maior concretude à democracia e à ordem jurídica nacional, não se contentou com apenas a primeira forma de isonomia. Disso, o Ministro Relator conclui que o Estado deve utilizar de políticas afirmativas para promover a igualdade material entre os que estiverem em posições desiguais.

Essencialmente, o voto tratou, neste tópico, dos seguintes temas: diferença entre igualdade formal e igualdade material; necessidade de atuação estatal para promover a igualdade material; e democracia como resultado da igualdade material.

1.1 Diferença entre igualdade formal e igualdade material

Nesse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que

[...] o constituinte de 1988 [...] não se restringiu apenas a proclamar [...] a igualdade de todos [...] buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros [...] levando em consideração [...] a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar [...] para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. (Voto do Relator, p. 4).

Esse argumento encontra ressonância na manifestação de Flávia Piovesan:

Ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença. Portanto, a diferença não mais utilizada para aniquilar direitos, senão para afirmá-los e promovê-los. Se, para a concepção formal da igualdade, esta é tomada como um dado, como um pressuposto e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar. (Notas taquigráficas, p. 270).

1.2 Necessidade de atuação estatal para promover a igualdade material

Argumentou o Ministro Ricardo Lewandowski que

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão [...] de políticas de cunho universalista [...] de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (Voto do Relator, p. 5).

Sobre o mesmo tópico Carlos Eduardo Souza Gonçalves: "[...] *ter-se clareza de que, para se ter igualdade é necessário ter políticas públicas. Quer dizer, para se ter igualdade, é necessário ter leis que façam dos desiguais iguais*" (Notas taquigráficas, p. 64).

E as considerações de Edson Santos de Souza:

A Constituição da República [...] nos oferece os instrumentos para o Estado agir nesse campo, o campo da redução das desigualdades raciais e da consequente promoção da igualdade em nosso País. (Notas taquigráficas, p. 35).

Também de Fábio Konder:

a discriminação é de duas espécies: ela pode ser uma discriminação ativa [...] uma discriminação omissiva, que é absolutamente contrária ao Estado social [...] quando os poderes públicos não tomam as medidas indispensáveis para fazer cessar uma situação de inferioridade injusta, inaceitável de determinados grupos sociais. (Notas taquigráficas, pp. 266-267).

Ainda, a exposição de Flávia Piovesan:

Para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, pois a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é a garantia da igualdade de fato. (Notas taquigráficas, p. 274).

E o argumento de Marcos Antonio Cardoso:

E para tornar eficazes esses direitos, tanto individuais como coletivos, os direitos sociais, os direitos culturais e, sobretudo, os direitos educacionais, o Estado tem que redefinir o seu papel no que se refere à prestação de serviços públicos, de forma a ampliar sua intervenção nos domínios das relações tanto subjetivas e privadas, buscando reduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidade e tratamento. (Notas taquigráficas, p. 295).

1.3 Democracia como resultado da igualdade material

Neste tópico, o Ministro Ricardo Lewandowski argui que: "*A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o [...] cerne do conceito de democracia*" (Voto do Relator, p. 6). Argumenta também que: "*[...] democracia [...] exige a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade [...]*" (Voto do Relator, p. 6).

A mesma idéia é trazida por Erasto Fortes de Mendonça:

Como ressalta a ilustre Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em atento artigo sobre a ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, os verbos utilizados pelos constituintes, ao definir os objetivos fundamentais da República, reclamam do Estado um comportamento ativo, obrigações transformadoras do quadro social e político, retratado quando da elaboração do texto constitucional.

Portanto, aqui não se trata apenas de impedir o preconceito e a discriminação, mas de agir para mudar com adoção de políticas afirmativas. (Notas taquigráficas, p. 46).

E por Denise Fagundes Jardim:

[...] há coerência da adoção de cotas étnico-raciais, como parte das ações afirmativas, pois consistem em uma formulação singular brasileira, de uma experiência participativa e democrática através das instâncias representativas das instituições públicas de ensino [...] (Notas taquigráficas, pp. 110-111).

Também sobre o assunto se manifesta Kebengele Munanga:

O que se busca pela política de cotas para negros e indígenas, não é para ter direito às migalhas, mas sim para ter acesso ao topo em todos os setores de responsabilidade e de comando na vida nacional onde esses dois segmentos não são devidamente representados como manda a verdadeira democracia. (Notas taquigráficas, p. 231).

E, ainda, João Feres:

O espírito de reforma social, consagrado na nossa nova Constituição continua a inspirar a luta por direitos e pela realização do sonho democrático da igualdade. As políticas públicas são um instrumento poderoso por meio do qual o Estado responde a esses anseios da sociedade. (Notas taquigráficas, p. 370).

1.4 Conclusão parcial

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski trata dos mesmos temas que foram objeto de debate na audiência pública. Registre-se, ademais, que o Ministro Ricardo Lewandowski acaba por adotar, ao menos parcialmente, alguns argumentos trazidos pelos *amici curiae*. Embora se trate de temas bastante abertos e a despeito de o voto fazer

referências a Daniela Ikawa, a Boaventura de Souza Santos e a Dalmo Dallari, autores que não foram mencionados na audiência pública, pode-se concluir que há ressonância discursivo-argumentativa entre a *ratio decidendi* fornecida pelo Ministro Ricardo Lewandowski e o que foi discutido pelos *amici curiae*.

2 Justiça distributiva

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski afirma, a princípio, que a realização da isonomia material como igualdade de oportunidades, especialmente em relação à participação equitativa nos bens sociais, depende, como aponta John Rawls, da justiça distributiva, isto é, a atuação estatal que corrija as desigualdades fáticas, considerando a posição relativa dos grupos sociais entre si. O modelo constitucional brasileiro, argumenta o Ministro, é compatível com a justiça distributiva, pois criou instrumentos para a correção das distorções resultantes da aplicação formal do princípio da igualdade. A justiça distributiva, desse modo, realizaria a inclusão dos que encontram-se em posição de desigualdade.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fundamentalmente, abordou, neste tópico, o seguinte tema: existência de desigualdades sociais e necessidade de correção destas para se promover a inclusão e a isonomia.

2.1 Existência de desigualdades sociais e necessidade da correção destas para se promover a inclusão e a isonomia

Aqui, o Ministro Ricardo Lewandowski assevera que:

Só ela [justiça distributiva] permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. (Voto do Relator, p. 7).

Obviamente, por se tratar de tema intimamente ligado à discussão acerca das cotas raciais para o ingresso no ensino superior, a existência de desigualdades sociais e de preconceito foi assunto abordado pela quase totalidade dos *amici curiae* que se manifestaram a favor das cotas raciais, com especial destaque às manifestações do Ministro Edson Santos de Souza, de Erasto Fortes de Mendonça, de Denise Fagundes Jardim, de Flávia Piovesan, de Mário Lisboa Theodoro, de Kabengele Munanga, de Luiz Felipe de Alencastro e de Marcos Antonio Cardoso. Apenas ilustrativamente traz-se a exposição do *amicus curiae* Kabengele Munanga:

[...] a política de cotas busca a inclusão daqueles brasileiros que por razões históricas e estruturais que têm a ver com o nosso racismo à brasileira, encontram barreiras que a educação e a formação superior podem em parte remover. (Notas taquigráficas, pp. 231-232).

Também de Mário Lisboa Theodoro:

As desigualdades raciais no Brasil não são apenas expressivas e disseminadas, como também são persistentes ao longo do tempo, e essa é a nossa tragédia, Ministro. As desigualdades raciais continuam se reproduzindo a cada geração, mantendo uma significativa e perversa estabilidade [...] (Notas taquigráficas, p. 68).

Ainda, de Sueli Carneiro:

Tal concepção, intencionalmente, omite do debate público todo o acúmulo teórico empreendido no âmbito da ciência política, no sentido da superação da noção abstrata de igualdade que desconsidera a forma concreta como ela se realiza ou não na experiência humana. Dentre vários autores, Norberto Bobbio, por exemplo, nos mostra sob que condições é possível assegurar a efetivação dos valores republicanos e democráticos. Para ele impõe-se a noção de igualdade substantiva, um princípio igualitário porque elimina uma discriminação precedente [...] (Notas taquigráficas, p. 299).

Note-se, ademais, que, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski, o *amicus curiae* Leonardo Avritzer também cita John Rawls:

[...] a ação afirmativa existe como princípio. Ela está fundada naquilo que John Rawls – provavelmente, na minha opinião, principal teórico do Direito da segunda metade do século 20, ou talvez do século inteiro –, ele denominou do princípio da diferença. E como é que John Rawls justifica o princípio da diferença? Ele justifica o princípio da diferença no interior da tradição liberal, né? Que J. Rawls vai dizer – e aqui estou citando – é que [...] A diferença na tradição liberal é justificável, se ela ocorre na expectativa de beneficiar aqueles que estão em situação desfavorável". Ou seja, a igualdade civil liberal, ela não faz tábula rasa das condições que antecederam a sua própria vigência. Pelo contrário. A igualdade civil é um esforço que exige a produção ativa pelo Estado dessa própria igualdade. (Notas taquigráficas, pp. 241-242).

2.2 Conclusão parcial

O Ministro Ricardo Lewandowski alicerça-se o argumento em temas amplamente discutidos na audiência pública, quais sejam a existência de desigualdades sociais no Brasil, a necessidade de correção destas para se chegar à isonomia material e as cotas raciais como instrumento de superação das disparidades existentes. Ademais, o *amicus curiae* Leonardo Avritzer e o Ministro Ricardo Lewandowski citam John Rawls em passagens que fazem referência à justiça distributiva. Por conseguinte, apesar de o voto em análise fazer referência a Michel Rosenfeld, autor que sequer foi mencionado pelos *amici*

curiae, é imperioso reconhecer que há grande ressonância argumentativa entre o conteúdo da audiência pública e a *ratio decidendi* fornecida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

3 Políticas de ação afirmativa

Neste tópico, o Ministro Ricardo Lewandowski se ocupa de fornecer conceito de ação afirmativa, citando, para tanto, Myrl Duncan e a *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, da Organização das Nações Unidas. A seguir, o voto destaca a necessidade de as ações afirmativas serem medidas estatais temporárias, realizadas com o fim de se pôr fim às desigualdades e à exclusão social. Ainda, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma serem as políticas de ação afirmativa originárias não dos Estados Unidos da América, mas da Índia, citando Partha Gosh. Por fim, faz-se referência a diversos precedentes em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

Essencialmente, o voto tratou, nesse tópico, dos seguintes temas: a criação de um conceito o mais completo possível de ações afirmativas; a origem das ações afirmativas; e a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade das ações afirmativas no direito brasileiro.

3.1 A criação de um conceito de ações afirmativas

Inicialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou, citando Myrl Duncan, que:

Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura [...] um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual. (Voto do Relator, p. 8).

Posteriormente, o Ministro Ricardo Lewandowski complementou seu conceito inicial de ações afirmativas, fazendo referência à *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* da Organização das Nações Unidas.

Embora não tenha havido, durante a audiência pública, o interesse pela formulação de um conceito acadêmico de ações afirmativas, diversos *amici curiae* se manifestaram em sentido bastante similar ao do Ministro Ricardo Lewandowski. É o caso, por exemplo, do *amicus curiae* João Feres:

Para justificarmos a ação afirmativa estatal, basta constatar que em nossa sociedade grupos específicos de pessoas são sistematicamente

marginalizados e aliados das posições de maior prestígio e afluência [...] (Notas taquigráficas, p. 363).

E de Kabengele Munanga:

As políticas de ação afirmativa foram implementadas nesses países para corrigir os efeitos negativos acumulados e presentes causados pelas discriminações e sobretudo pelo racismo institucional [...] (Notas taquigráficas, p. 237).

Ademais, Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas, além de mencionada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi objeto da manifestação de quatro *amici curiae*, quais sejam Erasto Fortes de Mendonça, Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves, Denise Carreira e Flávia Piovesan.

3.2 Origem das ações afirmativas

Neste ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski aponta que:

Interessantemente, ao contrário do que se costuma pensar, as políticas de ações afirmativas não são uma criação norte-americana. Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras – e que se notabilizou pela existência de uma casta “párias” ou “intocáveis” –, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido **Government of India Act**.

A motivação que levou à edição desse diploma legal, cuja espinha dorsal consiste no combate à exclusão social, é assim explicada por Partha Gosh [...] (Notas taquigráficas, pp. 9-10, grifo do autor).

Da análise das notas taquigráficas fornecidas pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que três *amici curiae*, quais sejam João Feres, Kabengele Munanga e Oscar Vilhena Vieira, destacaram a origem indiana das ações afirmativas. Destaca-se, aqui, apenas a manifestação do primeiro:

As políticas de ação afirmativa para grupos étnicos foram criadas pela primeira vez na Índia, com a constituição de 1950, e não nos EUA, como muitos acreditam. Historicamente, em todos os contextos sociais e políticos em que foi implantada essa política, ela se baseou em três justificações básicas: reparação, justiça social e/ou diversidade. (Notas taquigráficas, pp. 361-362).

3.3 Precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa

Fazendo menção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski destaca que:

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, menciono a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. (Voto do Relator, p. 11).

Aproveitando a oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski juntou a seu voto parte da fundamentação exarada pelo Ministro Nelson Jobin na ADI 1.946-MC/DF.

É importante notar que nenhum dos *amici curiae* citou algum dos precedentes mencionados pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Com efeito, o único caso do Supremo Tribunal Federal a que se faz referências nas notas taquigráficas é o caso Ellwanger (HC nº 82.424), no qual os Ministros do *Verfassungsrecht* estabeleceram que raça é conceito social utilizado com a finalidade de demarcar certos indivíduos socialmente, a fim de que contra eles se exerça alguma forma de pressão ou de coação.

3.4 Conclusão parcial

Diante do exposto, é imperioso reconhecer que há certa ressonância entre o Ministro Ricardo Lewandowski utilizou como fundamentação para seu voto e o que foi trabalhado na audiência pública. A conclusão, todavia, não se aplica à parte do voto em que são feitas referências aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que estes não foram discutidos pelos *amici curiae*.

4 Critérios para ingresso no ensino superior

O Ministro Ricardo Lewandowski identifica que o conjunto de princípios constitucionais que regulam o ingresso no ensino superior ("*igualdade de condições para acesso e permanência na escola*"; "*gestão democrática do ensino público*"; "*pluralismo de idéias*"; e "*segundo a capacidade de cada um*") indica ter sido a intenção do Constituinte de 1988 limitar a aferição do mérito individual dos candidatos em prol da igualdade material. O mérito dos concorrentes, por conseguinte, não pode ser quantificado por critério linear, tendo em vista as desigualdades sociais. Nesse contexto, as cotas raciais não devem ser examinada

sob a ótica de preceitos constitucionais isoladamente considerados, senão a partir de todo o arcabouço principiológico do Direito Brasileiro.

A seguir, o Ministro Ricardo Lewandowski sustenta que critérios lineares de aferição do mérito dos candidatos apenas aumentam as desigualdades existentes, tornando inacessíveis espaços públicos a certos grupos sociais. Disso, conclui o Ministro que os critérios de acesso à universidade pública devem levar em consideração os objetivos do Estado Brasileiro, encontrados no preâmbulo e no art. 205 da Constituição de 1988. Logo, diante das acirradas desigualdades sociais e do racismo existente na sociedade brasileira, seria necessário, argumenta o Ministro Ricardo Lewandowski, calibrar, com base em fatores étnico-raciais, os critérios de ingresso na universidade aos objetivos da Constituição Federal, realizando-se, assim, a igualdade substantiva.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fundamentalmente, abordou, neste tópico, os seguintes temas: necessidade de a forma de aferição do mérito dos candidatos se compatibilizar com os objetivos constitucionais e a insuficiência do modelo universalista; e a dificuldade de acesso de negros ao ensino superior.

4.1 Necessidade de a forma de aferição do mérito dos candidatos se compatibilizar com os objetivos constitucionais

Neste ponto, assevera o Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de idéias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.

[...] o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito [...] com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

[...] o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear [...]

[...] o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias.

[...]

Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados [...]

Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro [...]

[...]

[...] critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. (Voto do Relator, pp. 13-15).

As mesmas idéias, com efeito, foram abordadas na manifestação do *amicus curiae* Ministro Edson Santos de Souza, como se nota da seguinte passagem:

Por fim, é necessário rechaçar a percepção de que a política de cotas seria colidente com o sistema meritocrático, constitucionalmente definido para acesso ao ensino superior. Isso porque o comando do artigo 208, V, da Constituição Federal deve ser lido a partir do influxo dos valores de igualdade, fraternidade e pluralismo que, somados, impõem a desigualação dos candidatos a uma vaga de ensino superior, de modo a compensar as injustiças históricas cometidas contra os negros, permitindo a concretização do primado da igualdade material. (Notas taquigráficas, p. 33).

Em relação ao fato de que o sistema de reserva de vagas permite a pluralização do ambiente acadêmico, realizando uma diretriz constitucional, afirmou Denise Fagundes Jardim:

A adoção de ações afirmativas além de reverter os preconceitos raciais que causam impacto na estrutura social constituem importante contribuição às políticas públicas de promoção à cidadania por sinalizarem direitos constitucionais a coletividades que foram relegadas às margens da dignidade humana. (Notas taquigráficas, p. 113).

E Erasto Fortes de Mendonça:

A Constituição estabelece que os objetivos fundamentais da República são definidos em termos de ações transformadoras do quadro social e político, como: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Notas taquigráficas, p. 46).

Também de Augusto Canizella Chagas, Presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE):

O vestibular, que é um instrumento que procura apresentar os seus elementos como sendo um instrumento de seleção de mérito, como mérito individual do estudante que, em iguais condições, disputa com outros estudantes, não é um instrumento que apresenta essa característica. O vestibular hoje – e os números da Universidade de São Paulo mostram isso – é um instrumento que seleciona social e economicamente os jovens brasileiros. Ele oferece acesso à maioria dos jovens que tiveram acesso a boas escolas privadas e oferece acesso aos jovens que tiveram acesso a bons cursinhos pré-vestibulares. (Notas taquigráficas, pp. 356-357).

4.2 Dificuldade de acesso de negros ao ensino superior

Neste tópico, o Ministro Ricardo Lewandowski, embora não afirme explicitamente, parte do pressuposto de que existe grande dificuldade de acesso de negros ao ensino superior público, seja por motivos históricos, seja em razão desigualdade social, seja

em razão do racismo institucional. Os *amici curiae*, pelo contrário, destacam a dificuldade pela qual passam as minorias brasileiras, como se pode ver das colocações de Augusto Canizella Chagas, Presidente da UNE:

[...] é o debate a respeito da exclusão que o ensino superior no nosso País carrega, na sua estrutura e na sua oferta de vagas. Se há uma característica fundamental da universidade no Brasil, esse é um título negativo que nós carregamos, é o título de ser uma universidade excludente. [...]

[...]

[...] A realidade da universidade do Brasil é que é uma universidade elitizada e uma universidade branca em relação ao número da maioria da nossa população [...] (Notas taquigráficas, pp. 351-353).

4.3 Conclusão parcial

De acordo com o exposto, é imperioso concluir que há intensa convergência argumentativa entre o voto do Ministro Ricardo Lewandowski e as falas dos *amici curiae* que se manifestaram a favor do sistema de cotas raciais.

5 Adoção do critério étnico-racial

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski enfrenta a questão da possibilidade, dada a inexistência de conceito científico de raça, de se utilizar o critério étnico-racial como fundamento para a reserva de vagas para o ingresso em instituições públicas de ensino superior. Mencionando o caso Ellwanger, o Ministro Ricardo Lewandowski acolhe a tese de que raça é conceito histórico-cultural formado socialmente, com a finalidade de justificar a discriminação contra determinados grupos sociais. Todavia – assevera o Ministro, citando Daniela Ikawa – somente é proibida a discriminação negativa, isto é, a que visa a causar alguma forma de dano social, sendo permitida a discriminação positiva, que objetiva a inclusão dos rejeitados socialmente.

Nesse ponto, o voto Ministro Ricardo Lewandowski aborda apenas o tema da admissibilidade da utilização do critério racial para reserva de vagas.

5.1 Admissibilidade da utilização do critério racial para reserva de vagas

Após mencionar o caso Ellwanger, o Ministro Ricardo Lewandowski sustenta que:

[...] o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a

dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. (Voto do Relator, p. 20).

Sobre o mesmo assunto se manifestou Kabengele Munanga:

Apesar do racismo não ter mais fundamento científico, tal como no século XIX, e não se amparar hoje em nenhuma legitimidade racional, essa realidade social da raça que continua a passar pelos corpos das pessoas não pode ser ignorada. (Notas taquigráficas, p. 236).

E Denise Carreira:

[...] e sintonizada com o entendimento que o STF fixou, por meio do julgamento do Caso Elvanger, assumimos aqui que a categoria "raça" é uma construção social que nos permite compreender determinados processos de exclusão, discriminação, dominação e produção de desigualdades entre grupos humanos, baseadas em características físicas e identidades étnico-culturais, e que formas contemporâneas de discriminação que veiculam imagens depreciativas de determinados grupos contribuem para as desigualdades de oportunidades no acesso a bens, poder, conhecimentos e serviços na sociedade. (Notas taquigráficas, p. 281).

Também Sueli Carneiro:

O caso Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime de racismo por edição de obra anti-semita, é emblemático nessa direção. Ele ofereceu a oportunidade para que o STF debatesse e examinasse o sentido da noção de raça.

[...]

Excelentíssimo Senhor Ministro, se esta Corte entende que pode haver racismo mesmo não havendo raças, se esta Corte também entende que o racismo está assentado em convicções raciais que geram discriminações, preconceitos segregacionistas, se todas as evidências empíricas e estudos demonstram o confinamento dos negros nos patamares inferiores da sociedade e se a inferioridade social não é inerente ao negro, posto que não existem raças, então essa persistente subordinação social só pode ser fruto do racismo, que, como afirma a ementa do referido acórdão, repito, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (Notas taquigráficas, pp. 301-303).

Aliás, a questão também foi abordada pelo *amicus curiae* Oscar Vilhena

Vieira:

Afinal, a inclusão do critério "raça" em processo de seleção para o ensino universitário, por intermédio de ações afirmativas – não necessariamente quotas –, viola a constituição ou não? [...]

A minha resposta é evidentemente negativa. Não só os programas de ação afirmativa que incluem raça - não apenas raça, que incluem pobreza, inclui origem escolar e outras coisas - não só não são compatíveis com o princípio formal da igualdade, como eles são uma exigência constitucional para a realização de uma série de princípios e políticas e objetivos constantes de diversos artigos da Constituição. [...] Em primeiro lugar, qualquer mecanismo de escolha dentro do Estado exige critérios de discriminação. [...]

[...]

[...] O vestibular não é meritocrático, o vestibular é uma forma de premiar o investimento que os pais foram capazes de fazer sobre seus filhos, os filhos também têm mérito porque estudaram e aproveitaram as oportunidades que os pais deram, mas é um investimento. [...]

[...]

[...] É nessa medida que a ação afirmativa tem uma primeira função, que não tem nada a ver com distribuição ou com raça, ela tem a função de corrigir os processos seletivos. [...]

[...]

[...] as ações afirmativas que incluem raça, porque esse é o critério que o IPEA, o IBGE e o MEC demonstram que gera uma desproporcional exclusão, não é só pobreza, pobreza também gera, educação e escola pública também gera, mas a raça se sobrepõe a todos esses; então, a ação afirmativa é um mecanismo legítimo [...]. (Notas taquigráficas, pp. 223-228).

Manifestaram-se especificamente sobre a questão racial também João Feres e Marcos Antonio Cardoso, mas com menos ênfase que os demais *amici curiae*.

5.2 Conclusão parcial

Os argumentos apresentados no voto do Ministro Ricardo Lewandowski partem dos mesmos pressupostos das manifestações dos *amici curiae* apontados. Embora não exista, nas notas taquigráficas, menção à autora Daniele Ikawa, pode-se concluir pela existência de forte convergência entre os argumentos resultantes do debate realizado na audiência pública e a *ratio decidendi* fornecida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

6 Consciência étnico-racial como fator de exclusão

O Ministro Ricardo Lewandowski, primeiramente, afirma ser o objetivo das ações afirmativas acabar com o sentimento de raça historicamente construído, sendo que a aplicação formal do princípio da isonomia somente perpetua as desigualdades. Reconhecendo que a baixa quantidade de negros em posições de relevo na sociedade brasileira se deve à discriminação histórica, o Ministro assevera que as ações afirmativas são forma de compensação pelos danos do passado, sendo inaceitável a omissão estatal.

Citando Thomas Skidmore e dados estatísticos fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Ministro Ricardo Lewandowski esclarece que as ações afirmativas também criam lideranças para os grupos discriminados, acelerando o processo de mudança social. Acordando com Nancy Fraser e Axel Honneth, surgem, argumenta o Ministro, para além das políticas redistributivas, as de reconhecimento e de valorização de grupos étnicos e culturais. Destarte, justiça social significaria reconhecer e

incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, o que demonstra a insuficiência do critério exclusivamente social para as ações afirmativas.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski, fazendo referência a Zygmunt Bauman, sustenta que ações afirmativas também têm valor simbólico, pois inspiram os membros dos grupos discriminados, fazendo-os superar a consciência de inferioridade, gerada pela sociedade, e multiplicando a inclusão social.

Essencialmente, o voto aborda os seguintes temas: a finalidade compensatória das ações afirmativas; a necessidade de reconhecimento e de valorização de grupos étnicos e sociais; e o valor simbólico das ações afirmativas.

6.1 A finalidade compensatória das ações afirmativas

Neste ponto, argumenta o Ministro Ricardo Lewandowski que:

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la. (Voto do Relator, p. 21).

O *amicus curiae* João Feres aborda o mesmo assunto:

Portanto, políticas de ação afirmativa de viés étnico/racial têm por fim combater a injustiça produzida pela discriminação racial. Do ponto de vista prático, as categorias mais adequadas para se identificar beneficiários são, a meu ver, preto e pardo, pois os dados que temos colhido em nossa sociedade sobre desigualdade racial, mormente pelo IBGE, utilizam exatamente essas categorias. (Notas taquigráficas, p. 365).

A seguir sustenta o Ministro Relator que:

[...] a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades [...] (Voto do Relator, p. 21).

No mesmo sentido, a manifestação de Eunice Durham:

[...] o acesso ao ensino superior feito desta forma [sem cotas] perpetua ou dá continuidade a desigualdades que permeiam todo o processo escolar anterior. (Notas taquigráficas, p. 183).

E também de Flávia Piovesan:

Devem prevalecer as cotas em detrimento desse suposto direito à perpetuação das desigualdades estruturais que tanto comprometem a sociedade brasileira. (Notas taquigráficas, p. 277).

O Ministro Ricardo Lewandowski também sustenta que:

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação,

culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. (Voto do Relator, p. 22).

O que também foi abordado pelo *amicus curiae* João Feres:

Ou seja, esse argumento requer uma interpretação do passado histórico de nosso país. No caso dos negros no Brasil, essa injustiça foi a escravidão. (Notas taquigráficas, p. 362).

6.2 A necessidade de reconhecimento e de valorização de grupos étnicos e sociais

Nesse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski aponta que:

[...] para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. (Voto do Relator, p. 27).

E que:

[...] justiça social [...] significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados [...] (Voto do Relator, p. 28).

Questão que também foi abordada por Flávia Piovesan:

Aqui, recorro ao caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à retribuição requer medidas que enfrentem a injustiça econômica e social da marginalização e das desigualdades, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas. Já o direito ao reconhecimento requer medidas que enfrentem a injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e por meio da adoção de uma política de reconhecimento. (Notas taquigráficas, p. 273).

Convém ressaltar, ainda, que Axel Honneth foi trazido às discussões também pela amiga da corte Jânia Saldanha, sendo que os demais autores mencionados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quais sejam Thomas Skidmore e Nancy Fraser, não tiveram maior influência sobre as falas dos *amici curiae*.

6.3 O valor simbólico das ações afirmativas

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski assevera que:

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida [...]

A histórica discriminação dos negros e pardos [...] revela [...] componente multiplicador [...] gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva [...] (Voto do Relator, p. 29).

Com efeito, nenhum *amicus curiae*, nem desenvolve explicitamente linha argumentativa no mesmo sentido, nem cita Zygmunt Bauman.

6.4 Conclusão parcial

Embora as referências doutrinárias sejam diferentes, existe grande convergência argumentativa entre o voto do Ministro Ricardo Lewandowski e as considerações feitas por alguns *amici curiae*, exceto em relação ao valor simbólico das ações afirmativas, tópico em que o Ministro Relator, aparentemente, desenvolveu idéias próprias.

7 O papel integrador da universidade

Inicialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que as universidades brasileiras são o principal centro de formação das elites nacionais, exercendo profunda influência no destino político do Brasil. Ademais, sustenta o Ministro, citando Jürgen Habermas, que:

o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente. (Voto do Relator, p. 31).

Diante disso, o Ministro Ricardo Lewandowski argumenta que o mais importante é criar espaço público que proporcione a inclusão do outro, construindo consciência coletiva plural e heterogênea. A universidade – argumenta o Ministro, com fundamento nos casos *Bakke v. Regents of the University of California* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003), julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América – é elemento essencial na criação da pluralidade, por intermédio da diversidade étnico-racial.

Desse modo, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, neste ponto, tratou da temática da universidade como espaço público voltado à pluralidade e à inclusão do outro.

7.1 A universidade como espaço público voltado à pluralidade e à inclusão do outro

Argumentou o Ministro Ricardo Lewandowski que

[...] as universidades, em especial as universidades públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras. Não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para

o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País. (Voto do Relator, p. 30).

Também asseverou que:

É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do outsider social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos. (Voto do Relator, p. 32).

Nesse mesmo sentido foi a exposição do *amicus curiae* Leonardo Avritzer:

A de que a Ação Afirmativa conecta-se com o objetivo principal da instituição universitária, a produção de um saber diversificado. [...]

[...]

[...] No entanto, a universidade soube adaptar-se a ambos os processos sem perder aquilo que a torna universidade; e o que a torna universidade é autonomia do processo de produção do saber e seu impacto sobre a sociedade. [...]

[...]

[...] A igualdade civil é um esforço que exige a produção ativa pelo Estado dessa própria igualdade. E nenhuma instituição é mais relevante nesse processo que as instituições de ensino superior, que as instituições universitárias.

Senhores Ministros, a universidade só é capaz de cumprir sua missão de produzir conhecimento se há diversidade de atores e de saberes no seu interior. (Notas taquigráficas, pp. 240-242).

E também a sustentação de Oscar Vilhena Vieira:

Será que a universidade branca, que não é plural, que não tem diversidade, oferece condições para a realização da sua missão constitucional? Será que ela é capaz de atender ao pluralismo exigido pela nossa Constituição? Será que ela é capaz de enfrentar os problemas de erradicação de pobreza, de justiça e de solidariedade? E mais especificamente: é possível fazer boa pesquisa com grupos que não tenham diversidade? É possível ter ensino plural com grupos que sejam homogêneos? É possível ter extensão quando a escola sequer se abre para esses grupos ao qual ela deveria dialogar? Parece-me que não. (Notas taquigráficas, p. 227).

Embora Jürgen Habermas e José Murilo de Carvalho não tenham sido mencionados pelos *amici curiae*, dois casos apontados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quais sejam *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003), foram objeto de análise pelo *amicus curiae* Leonardo Avritzer.

Por fim, destaque-se que o *amicus curiae* Oscar Vilhena Vieira também se manifestou acerca da importância da universidade para a criação das elites brasileiras:

A universidade é o principal mecanismo pelo qual nós incluímos as pessoas e damos a elas a possibilidade de representação social. Fechar as portas da universidade, como nós fechamos nesses magníficos anos de República, aos

não-brancos, gerou uma sociedade desigual, uma sociedade perversa, uma sociedade injusta. (Notas taquigráficas, p. 228).

7.2 Conclusão parcial

Embora o Ministro Ricardo Lewandowski tenha defendido suas idéias, majoritariamente, com base em autores não citados na audiência pública, é possível encontrar similaridade entre as teses defendidas pelo *amicus curiae* Leonardo Avritzer e o conteúdo do voto do Ministro Relator.

8 Ações afirmativas nos Estados Unidos da América

Neste ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski faz profunda e detalhada avaliação dos casos *Bakke v. Regents of the University of California* (1978) e *Grutter v. Bollinger* (2003), julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Ao final da análise, o Ministro Ricardo Lewandowski conclui que o principal fundamento para a adoção da política de reserva de vagas nas universidades dos Estados Unidos da América foi a heterogeneidade pautada pela correção de distorções histórico-sociais. Após, o Ministro, para reforçar o argumento, cita Ronald Dworkin e "*O Curso do Rio*", estudo social conduzido por William G. Bowen e Derek Bok.

Essencialmente, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, neste ponto, tratou dos seguintes temas: avaliação dos casos *Bakke v. Regents of the University of California* (1978) e *Grutter v. Bollinger* (2003); e a universidade como local de diversidade.

8.1 Avaliação dos casos *Bakke v. Regents of the University of California* (1978) e *Grutter v. Bollinger* (2003)

Como já mencionado, os casos *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003) foram objeto de análise do *amicus curiae* Leonardo Avritzer, que também se manifestou acerca da necessidade da construção de uma universidade plural e dotada de grande diversidade de atores e de formas de saber.

O Ministro Ricardo Lewandowski, com efeito, expôs que:

A contenda originou-se em 1996, quando Barbara Grutter, uma mulher branca, moradora de Michigan, com notas relativamente altas no teste de admissão para faculdades de direito norte-americanas (Law School Admission Test – LSAT), não foi aceita como aluna da Faculdade de Direito da Universidade daquele Estado.

Em dezembro de 1997, Barbara Grutter ingressou em juízo contra a Universidade, sob o argumento de que havia sofrido discriminação racial, o que violaria tanto a cláusula de proteção da igualdade [...]

[...]

[...] a política de seleção de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo constou do voto vencedor, não conflita com a Lei de Direitos Civis de 1964 e tampouco com a XIV Emenda da Constituição, pois atenderia a um interesse imperativo do Estado, que é justamente o de assegurar a diversidade cultural.

[...] a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao assegurar certa discricionariedade às universidades no tocante à seleção de seu corpo docente, o fez tendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade [...] (Voto do Relator, pp. 33-36).

Leonardo Avritzer, por sua vez, explicou que:

[...] a inovação no campo do saber implica na presença de atores com experiência de vida, distintos no campo do saber. E esse, na verdade, foi o princípio de admissão da Universidade de Michigan, que foi questionado no caso *Grutter v. Bollinger*. Nesse caso, a Faculdade de Direito da Universidade de Michigan [...] defendeu a legalidade constitucional do objetivo de selecionar o seu corpo docente, a partir tanto do talento dos estudantes – evidentemente, não existe aqui a negação de idéia de talento –, como também da sua experiência com a diversidade. [...]

[...]

Portanto, Senhor Ministro, o que estamos falando aqui não é de racialização da instituição universitária. O que estamos falando aqui é de diversificação do processo de saber na instituição universitária. (Notas taquigráficas, pp. 243-244).

8.2 *A universidade como local de diversidade*

Além do exposto no tópico anterior, o Ministro Ricardo Lewandowski cita Ronald Dworkin para explicar a importância da diversidade na universidade. Embora o tema do pluralismo e diversidade no ensino superior esteja presente na maioria das exposições dos *amici curiae*, estes não fizeram referência, durante a audiência pública, às teorias de Ronald Dworkin. O Ministro Ricardo Lewandowski, ademais, faz menção também ao estudo "*O curso do rio*", que não foi abordado por nenhum *amicus curiae*.

8.3 *Conclusão parcial*

Embora com referências bibliográficas próprias, o Ministro Ricardo Lewandowski tratou de assuntos, em grande parte, abordados pelos *amici curiae*, o que induz ressonância argumentativa entre o conteúdo do voto em análise e as notas taquigráficas.

9 Hetero e autoidentificação

Neste ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski sustenta que, tanto a hetero, quanto a autoidentificação dos candidatos, são juridicamente admissíveis, desde que sejam respeitados a dignidade humana e os critérios mencionados por Daniele Ikawa:

Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas [...] Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos. (Voto do Relator, pp. 38-39).

Como se pode notar, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, essencialmente, tratou, neste ponto, apenas do cabimento, tanto da hetero, quanto da autoidentificação dos candidatos sujeitos ao regime de cotas raciais.

9.1 Hetero e autoidentificação

O Ministro Ricardo Lewandowski, de forma bastante objetiva e fazendo referência aos critérios mencionados por Daniele Ikawa, afirmou que:

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional. (Voto do Relator, p. 39)

Sobre o mesmo assunto se manifestou o *amicus curiae* Marcelo Henrique Romano Tragtenberg:

E qual é a fundamentação técnica dessa idéia? A fundamentação é a consistência entre a autodeclaração de preto/pardo/branco com a heterodeclaração.

[...] foi encontrada de 89 a 92% de concordância entre a hetero e a autodeclaração, o que, em estudos de saúde pública, é considerado uma excelente concordância.

Portanto, sabe-se muito bem quem é negro e quem não é, e isso tem uma fundamentação estatística.

Por outro lado, o genoma é inútil, a genética é inútil para dizer quem é negro e quem não é. Se Daiane dos Santos e Neguinho da Beija-flor tem 60% de marcadores africanos, quem atribuiria a eles o absurdo de serem brancos? Ninguém faz exame de DNA, Senhor Ministro, para discriminar racialmente, isso se faz pela aparência. No entanto alguns erros podem ocorrer, como ocorreram na UnB, mas se ocorre um erro ele deve ser corrigido e não se deve inutilizar o sistema como um todo.

Minha última observação: se faltaram brancos, pobres, na UnB, deve ser a UnB, mediante uma avaliação e no gozo da autonomia universitária de auto-reflexão sobre os critérios de ingresso, que deve instituir cotas para a escola pública e não eliminar as cotas para negros. Eu gostaria só de mostrar uma pequena incoerência que existe nos contrários às cotas raciais. Eles se referem a negros em vários momentos, portanto, os identificam. Os negros são mais pobres, no entanto eles dizem ser impossível saber quem é negro e quem não é. (Notas taquigráficas, pp. 420-421).

Destaque-se que, na audiência pública, o Ministro Ricardo Lewandowski formulou ao *amicus curiae* Renato Hyuna de Luna Pedrosa uma questão:

Agradeço o Professor Renato e peço que fique mais um minuto no microfone que eu gostaria de fazer uma questão apenas [...] seria o seguinte: um tema bastante discutido é a questão do autorreconhecimento dos cotistas. A Unicamp, pelo que eu vi, em seu vestibular contenta-se com o autorreconhecimento e não faz nenhuma averiguação, nem prévia, nem posterior. Esse tem sido um critério adotado de maneira linear, há exceções e por que a Unicamp optou por esse autorreconhecimento, o senhor poderia explicar em brevíssimas palavras. (Notas taquigráficas, pp. 380-381).

A resposta foi a seguinte:

A Unicamp levou em conta nessa questão a opinião de antropólogos especialistas da universidade, e considerou que haveria uma grande dificuldade estabelecer uma comissão que avaliasse isso.

Eu gostaria de observar que nós não podemos negar que há uma dificuldade com a autodeclaração. Os estudos estatísticos de população do Estado de São Paulo, da incidência da declaração em certos grupos de renda maior, mostram que pode haver uma inflação, digamos, na autodeclaração. Não é uma coisa pacífica no sentido de, vamos dizer, não existe aí fraude, não existe, mas simplesmente há uma questão que precisa ser mais... Eu não mencionei porque nós ainda estamos começando esse estudo de forma sistemática, a Unicamp certamente, em algum momento, terá uma posição mais clara de avaliação do seu programa.

Mas realmente essa foi a posição da Unicamp, deliberada pelo Conselho Universitário, e vem sendo adotada de forma, desde aquele momento, sem nenhuma mudança. Mas certamente nós estamos num processo de avaliação, como esse estudo que eu acabei de mostrar aqui, esses dados, que podem levar a uma discussão sobre essa questão. É uma questão bastante delicada. (Notas taquigráficas, pp. 381-382).

Os *amici curiae*, como já informado anteriormente, não fizeram qualquer referência à DANIELE IKAWA durante a audiência pública.

9.2 Conclusão parcial

Embora se tenha discutido, na audiência pública, acerca da admissibilidade jurídica da hetero e da autodeclaração, parece que a conclusão à qual o Ministro Ricardo Lewandowski chegou não adveio, diretamente, da intervenção dos *amici curiae*.

10 Reserva de vagas ou estabelecimento de cotas

Inicialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski, citando o Recurso em Mandado de Segurança 26.071, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Ayres Britto, consigna que o sistema de reserva de vagas não está limitado às hipóteses expressamente previstas pelo texto constitucional, como a dos portadores de deficiência física (art. 37, VIII, da Constituição Federal), configurando as políticas de ação afirmativa deveres que o Estado há de cumprir em razão das disposições constitucionais. Desse modo, diferentemente do que aconteceu nos Estados Unidos da América, é possível, no Brasil, a reserva de vagas, em razão do texto constitucional. A seguir, o Ministro Ricardo Lewandowski faz menção às lições doutrinárias de Roger Raupp Rios, do Ministro Joaquim Barbosa e da Ministra Cármen Lúcia, reafirmando, ao final, a constitucionalidade do sistema reserva de vagas.

Neste ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski aborda o tema da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas.

10.1 Constitucionalidade do sistema de reserva de vagas

Inicialmente, cabe ressaltar que não foram feitas referências, durante a audiência pública, nem à doutrina capitaniada pelo Ministro Joaquim Barbosa, nem ao RMS nº 26.071, que serviram de fundamento para a argumentação do Ministro Ricardo Lewandowski. Todavia, há certa similitude no que se refere à menção à Ministra Cármen Lúcia. Nesse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que:

Trago também a lição da Min. Cármen Lúcia, segundo a qual "[...] a Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los [...]"

Verifica-se, na Constituição de 1988, que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são verbos de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. [...] Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição

Federal assegura como direito fundamental de todos". (Voto do Relator, p. 43).

Nesse sentido, o *amicus curiae* Erasto Fortes de Mendonça apontou que:

Como ressalta a ilustre Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em atento artigo sobre a ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, os verbos utilizados pelos constituintes, ao definir os objetivos fundamentais da República, reclamam do Estado um comportamento ativo, obrigações transformadoras do quadro social e político, retratado quando da elaboração do texto constitucional. (Notas taquigráficas, p. 46).

Por sua vez, a questão da reserva de vagas com fundamento no inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal é enfrentada pelo *amicus curiae* Fábio Konder Comparato, mas não sobre a perspectiva da constitucionalidade do sistema de reserva, senão com o objetivo de rebater a tese de que as cotas seriam o equivalente da dispensa de concurso público. Obviamente, outros *amici curiae* tratam do sistema de reserva de cotas; todavia, não é dada ênfase à análise da constitucionalidade ou não da reserva em si.

Por fim, destaque-se que o autor Roger Raupp Rios, citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski não recebeu qualquer menção nas notas taquigráficas.

10.2 Conclusão parcial

Aparentemente, neste ponto, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski se distanciou dos debates realizados na audiência pública, para focar em questão jurídica mais especializada, a constitucionalidade da própria reserva de vagas.

11 Transitoriedade das políticas de ação afirmativa

O Ministro Ricardo Lewandowski sustenta, em síntese, a necessidade de as medidas afirmativas serem transitórias, isto é, serem aplicadas apenas até as desigualdades sociais terem sido corrigidas. Citando o caso *Grutter v. Bollinger* (2003), o Ministro Ricardo Lewandowski conclui que ação afirmativa somente é legítima enquanto persistir o quadro de exclusão social. Após, o Ministro afirma ser legítima a reserva de vagas realizada pela Universidade de Brasília, em razão de esta se ter comprometido a rever o cabimento da política de ação afirmativa no período de 10 anos.

Nota-se, outrossim, que o voto em análise tratou, fundamentalmente, da temporalidade como requisito da constitucionalidade das ações afirmativas.

11.1 Temporalidade como requisito da constitucionalidade das ações afirmativas

O Ministro Ricardo Lewandowski comenta que:

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. (Voto do Relator, p. 44).

Em sentido similar é a manifestação de Erasto Fortes de Mendonça:

As ações afirmativas não querem, por outro lado, ser uma discriminação em desfavor das maiorias. Por isso, há necessidade de fixação de percentuais mínimos que garantam a presença de minorias que se quer igualar, bem como a natureza temporária dessas ações. (Notas taquigráficas, p. 48).

É essencial noticiar, também, que o caso *Grutter v. Bollinger* (2003), como já mostrado anteriormente, foi objeto de debate dos *amici curiae*; todavia, não foi dada ênfase argumentativa à temporalidade das ações afirmativas no debate do caso.

11.2 Conclusão parcial

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski ressalta a importância da transitoriedade das ações afirmativas, requisito que foi trazido ao debate da audiência pública. Todavia, a fundamentação fornecida pelo Ministro não encontra ampla ressonância discursiva nas notas taquigráficas.

12 Proporcionalidade entre meios e fins

Finalmente, o Ministro Ricardo Lewandowski termina seu voto argumentando que não basta a adequação do meio empregado para a superação das desigualdades, devendo ser preenchido, ainda, o requisito da proporcionalidade. A seguir, o Ministro Relator conclui que:

No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “um pequeno número” delas para “índios de todos os Estados brasileiros”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada

e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. (Voto do Relator, p. 46).

A *amicus curiae* Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva informa que:

[...] embora nos casos considerados prevaleça um entendimento que abriga a política de cotas, a matéria é ainda pouco debatida na maior parte das Regiões que compõem a Justiça Federal. E de acordo com o caso em concreto, implicam na consideração, por parte do juiz, aspectos específicos para validação do sistema ou não, sendo extremamente sensível o problema da razoabilidade do percentual a ser reservado, assim como o critério a ser utilizado para a identificação dos beneficiários da medida afirmativa. (Notas taquigráficas, p. 429).

Embora a adequação do uso do sistema de reserva de vagas tenha sido amplamente discutida na audiência pública, os *amici curiae* não se manifestaram explicitamente sobre qual porcentagem das vagas, de acordo com o critério da proporcionalidade, deveria ser reservada para candidatos negros.

12.1 Conclusão parcial

O Ministro Ricardo Lewandowski, neste ponto, distanciou-se das discussões realizadas na audiência pública, apesar de utilizar parte das manifestações dos *amici curiae*, especialmente os dados estatísticos, como substrato fático para sua decisão.

13 Conclusão final

Do exposto, pode-se concluir que, na maior parte, o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski e as considerações dos *amici curiae*, as quais se encontram contidas nas notas taquigráficas, aproximam-se muito, o que revela que o debate realizado na audiência pública foi bastante frutífero e permitiu maior aproximação discursivo-argumentativa entre os representantes da sociedade civil que tiveram a chance de se manifestar e o Poder Judiciário. Certamente, principalmente nos pontos em que houve convergência argumentativa, as falas dos *amici curiae* foram essenciais à elaboração de decisão judicial melhor situada, tanto histórica, quanto socialmente, uma vez que as manifestações dos representantes sociais revelaram características sociais que, muito provavelmente, passavam despercebidas para os membros do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, a presença dos *amici curiae* foi fundamental para a construção de debate público plural que forneceu ao Poder Judiciário substrato fático, doutrinário e teórico para melhor compreender e resolver a dúvida constitucional.

Ademais, registre-se que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nos pontos em que houve pouca ressonância com o conteúdo das notas taquigráficas, não se distanciou da realidade brasileira expressada pelos *amici curiae*. De fato, o Ministro não se manifesta em sentido expressamente contrário ao dos representantes sociais, senão apenas expande os horizontes da discussão para pontos que não tinham sido explorados com a mesma profundidade na audiência pública realizada. Conseqüentemente, a participação dos *amici curiae* foi fundamental para a estipulação do contexto fático e jurídico do qual o Poder Judiciário não se afastou para resolver a controvérsia.

Destarte, conclui-se pela existência de forte convergência discursivo-argumentativa entre o conteúdo das notas taquigráficas e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Ademais, a manifestação dos *amici curiae* contribuiu diretamente para a construção do contexto fático diante do qual o Poder Judiciário resolveu a questão constitucional, sendo que também foram criadas bases argumentativas para a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski. Desse modo, é imperioso reconhecer que a audiência pública, de fato, forneceu substrato fático e argumentativo para a resolução da questão.

CAPÍTULO 4 CONCLUSÃO SOBRE A EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Como evidenciado no tópico anterior, existe forte convergência discursivo-argumentativa entre o conteúdo das notas taquigráficas e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, isto é, ambos aceitam as mesmas premissas fáticas acerca da controvérsia jurídica e compartilham, ao menos textualmente, os fundamentos para a resolução da dúvida constitucional. Apesar disso, todavia, não é possível concluir pela verdadeira efetividade das audiências públicas como instrumento de informação e de convicção dos magistrados.

Com efeito, o Ministro Ricardo Lewandowski, em nenhuma parte do voto, faz referência (1) à prévia realização de audiência pública sobre o objeto da ADPF nº 186 e do RE nº 597.285/RS, (2) à existência de grupos socialmente organizados que tiveram ou não a oportunidade de se manifestar perante o Supremo Tribunal Federal, e (3) a qualquer das exposições dos *amici curiae*. Desse modo, apesar de todo esforço despendido na realização de audiência pública para a oitiva dos supostos representantes da sociedade civil, o Ministro Ricardo Lewandowski não incluiu, formalmente, nenhuma das manifestações dos *amici curiae* na *ratio decidendi* da ADPF nº 186 e do RE nº 597.285/RS.

Ademais, embora partam das mesmas premissas fático-sociais para resolver a dúvida constitucional, os *amici curiae* e o Ministro Ricardo Lewandowski compartilharam muito poucas referências teórico-doutrinárias. Sem embargo, das vinte e nove citações doutrinárias feitas pelo Ministro Ricardo Lewandowski,¹¹ apenas quatro receberam alguma menção pelos amigos da corte nas notas taquigráficas, quais sejam Axel Honneth, John Rawls, Ronald Dworkin, e Oscar Vilhena Vieira. Embora, de fato, o último tenha participado como *amicus curiae*, parece que o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de defender posições bastante similares, preferiu citar outros doutrinadores a fazer referência direta aos *amici curiae*, talvez por acreditar que estes tenham menor credibilidade ou autoridade argumentativa que aqueles.

Ironicamente, contudo, a composição dos *amici curiae*, como apontado anteriormente, trazia quase 70% de acadêmicos, isto é, pessoas que, em razão de longos anos dedicação e de estudo, recebem, comumente, maior autoridade argumentativo-discursiva. Ora, era de se presumir que o Ministro Ricardo Lewandowski, tendo sido o responsável pela

¹¹ Excluem-se do número os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa e a Ministra Cármen Lúcia, porque são membros do Supremo Tribunal Federal e não teóricos ou acadêmicos.

atribuição da maior parte do tempo da audiência pública a acadêmicos, iria prestigiar, no voto, a forma especializada e acadêmica do conhecimento. Com efeito, a busca por outras fontes de informação, embora enriqueça a discussão travada, também traduz sentimento de descrença na suficiência ou correção dos argumentos trazidos, o que esvazia, em parte, a função discursivo-argumentativa atribuída aos *amici curiae*.

Fica, por conseguinte, muito fragilizada a finalidade das audiências públicas de promover aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil, porque a composição dos *amici curiae*, a qual já não trazia adequada representatividade da complexidade social brasileira, não conseguiu criar impactos argumentativos fortes o suficiente para ser formalmente mencionados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a manifestação dos acadêmicos apenas facilitou a estipulação, por vezes implícita no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, do contexto fático-social diante do qual se prolataria a decisão judicial. Os *amici curiae*, assim, não foram considerados como confiáveis ou relevantes argumentativamente o suficiente para serem integrados formal e explicitamente à fundamentação, ou seja, à *ratio decidendi* do voto do Ministro Relator.

Ainda, é fundamental destacar que o Ministro Ricardo Lewandowski – além de concordar com as manifestações de diversos *amici curiae*, sem, contudo, a eles fazer referência – também não se preocupa de rebater os fundamentos trazidos pelos representantes sociais de que manifestaram contra as cotas raciais nas instituições públicas de ensino superior. Embora a audiência pública seja instrumento para a criação de espaço público de debate, no qual o princípio democrático recebe significado na forma de participação, criando ônus argumentativo para o órgão decisório, o Ministro Ricardo Lewandowski sequer mencionou a existência de *amici curiae* que discordaram da solução trazida à questão constitucional. Com efeito, a divergência de opiniões existente na audiência pública, na qual puderam se manifestar *amici curiae* com diferentes opiniões, ficou perdida no voto do Ministro Lewandowski, o que inviabiliza a construção dialógica da decisão judicial.

Desse modo, a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal não constituiu instrumento apto a potencializar o princípio do contraditório no controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a dialeticidade estabelecida entre as posições dos *amici curiae* não foi explorada pelo Ministro Relator. Embora a pluralidade de opiniões em discussão travada na presença dos julgadores enriqueça o debate e enfatize a problemática subjacente da dúvida constitucional, é necessário que os Ministros participem

ativamente do diálogo e profiram decisões que considerem (*Recht auf Berücksichtigung*) o conteúdo (*Inhalt*) dos debates. Afinal, as audiências públicas objetivam aproximar o Poder Judiciário da sociedade civil e conferir maior legitimidade à decisão judicial. Admitir que os magistrados fiquem inertes diante das manifestações dos representantes por eles habilitados não contribui para a prolação de decisão judicial melhor situada no tempo e no espaço.

Obviamente, como já destacado, não se pode exigir que os magistrados, após a realização de audiência pública, afastem todos os argumentos em sentido contrário que os *amici curiae* trouxeram. Na maior parte das vezes, considerando o número de processos existente no Poder Judiciário e a quantidade de tempo dedicado à audiência pública, a tarefa de enfrentar todas as questões suscitadas se torna inviável. Disso, contudo, não pode o magistrado concluir que não é necessária menção alguma à prévia realização da audiência pública. Embora gradual, a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil exige que o magistrado valorize o debate público e demonstre interesse de ouvir os *amici curiae* e de considerar as colocações destes.

Não se pode admitir, ademais, que as audiências públicas se transformem em instrumento de mera retórica na jurisdição constitucional, isto é, espaço de suposta abertura de debate público que apenas transmite a ilusão de participação ou de representatividade, já que os admitidos a se manifestarem não funcionam como adequados representantes do complexo social ou, se o fazem, não recebem voz. Fundamentalmente, esbarra no mesmo óbice a idéia de se conceder tempo a representante social, mas não levar em consideração para a solução da controvérsia as exposições e os comentários por ele feitos. Nesse caso, a audiência pública não realizaria nenhum dos objetivos apontados anteriormente, apenas servindo como forma de imbuir a decisão do Supremo Tribunal Federal de falsa legitimidade em razão de terem sido ouvidos os *amici curiae*.

Ademais, atente-se ao fato de que, embora a participação seja facultativa, espera-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, à exceção do Ministro Relator, a quem cabem a presidência e a direção dos trabalhos, participem da audiência pública, diante da riqueza do debate que os *amici curiae* hão de travar. A presença dos Ministros durante a audiência pública, ademais, demonstra atitude mais aberta ao debate e às finalidades da audiência pública, contribuindo para apagar a imagem do Poder Judiciário como distanciado da realidade social brasileira. Aliás, a partir do momento em que a audiência pública passa a integrar o procedimento do controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade da

decisão proferida depende do comprometimento dos julgadores ao longo de todo o processo, inclusive durante as fases que permitem a abertura da jurisdição constitucional.

Entretanto, a audiência vinculada à ADPF nº 186 e ao RE nº 597.285/RS somente contou com a presença de quatro Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que, embora seja boa quantidade, considerando as demais audiências públicas realizadas, não é o ideal. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal permite a abertura da jurisdição constitucional à medida que os Ministros se mostram engajados na tarefa de ouvir os representantes sociais e de tomar decisões que levem em consideração o que foi expressado. De outra forma, não se pode defender a configuração de democracia em que a essência do princípio democrático é entendida verdadeiramente participação na tomada de decisões.

Considerando a baixa participação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a incorreta composição dos *amici curiae*, a inexistência de qualquer referência, no voto do Ministro Relator, à manifestação dos amigos da corte e a baixa similaridade das referências doutrinárias apontadas, há de se concluir que não se disseminou a idéia de que as audiências públicas são efetivo instrumento de auxílio à jurisdição constitucional. Do que se evidenciou *in casu*, parece que os Ministros do Supremo Tribunal Federal preferem adotar a visão de que a audiência pública é mero requisito processual, mera formalidade, para a validade da decisão final. Outrossim, realizar a audiência pública como forma de cumprir requisito de validade do processo de controle de constitucionalidade aparenta ser mais importante que realmente garantir que ela seja verdadeiramente efetiva, tanto para informar, quanto para convencer os magistrados.

Talvez a atitude dos Ministros fosse diferente se se tratasse de audiência pública cujo objeto não fosse questão que dispensa excessivos conhecimentos técnico-especializados e que é tão amplamente divulgada e discutida pela sociedade brasileira. Afinal, é justificável que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, justamente em razão dos anos de estudo e de experiência, acreditem ser os mais bem capacitados para resolver questão tão abordada. Todavia, é importante ressaltar que o adequado funcionamento da audiência pública exige dos julgadores atitude dialógica e verdadeira aberta à intervenção dos *amici curiae*, permitindo a construção de hermenêutica constitucional efetivamente democrática e participativa, aproximando a Constituição Federal da realidade brasileira, o que não foi evidenciado na análise da ADPF nº 186 e do RE nº 597.285/RS.

Por fim, é importante abordar, mais uma vez, a tensão existente entre o Poder Judiciário, que se consolidou como órgão fundamentalmente contra-majoritário no

Estado Constitucional de Direito, e as audiências públicas, instrumento comumente utilizado pelo órgão majoritário por excelência, o Parlamento. Na verdade, como já sustentando anteriormente, a utilização pelo Poder Judiciário da audiência pública, sem que se deturpem as características básicas da atividade judicial, deve pautar-se pelo respeito aos princípios fundamentais da jurisdição, quais sejam a imparcialidade do julgador, a indisponibilidade do direito a ser aplicado e a inafastabilidade do julgamento. Desse modo, o juiz não pode, nem assumir a parcialidade como fundamento de decisão judicial, nem decidir acerca das premissas jurídicas a serem aplicadas ao caso, isto é, a justiça ou a injustiça da *Rechtsordnung*, nem optar por não solucionar a controvérsia.

O problema da parcialidade do julgador se resolve, na audiência pública, quando são respeitados, na composição dos *amici curiae*, os princípios da isonomia e da paridade entre opiniões diversas. Destarte, durante a oitiva dos *amici curiae*, não se deve privilegiar nenhuma corrente de opinião, prestigiando-se o pluralismo e a essência do princípio democrático, à medida que se abre a possibilidade de todas as diferentes *Weltanschauungen* se manifestarem perante a Corte Constitucional. Ademais, também é essencial que se obedeça à paridade na composição dos *amici curiae* e na concessão de tempo a cada corrente de opinião. Afigura-se inaceitável, outrossim, a crença na imparcialidade de julgador que concede grande parte do tempo a determinados *amici curiae*, ao mesmo tempo que ficam desfavorecidos outros.

Do mesmo modo, não se admite que o juiz que convocou audiência pública tente atuar como verdadeiro legislador e procure identificar, nas manifestações dos *amici curiae*, elementos que questionem a justiça ou injustiça do próprio ordenamento jurídico. A função do julgador, afinal, é solucionar a controvérsia concreta, sendo a audiência pública instrumento de informação e de convencimento do magistrado, sem fazer este se confundir com o próprio legislador. Embora, no controle de constitucionalidade, o requisito deva ser suavizado, uma vez que se questionam, perante a Constituição Federal, a validade do ordenamento jurídico infraconstitucional, é necessário deixar clara a distinção existente entre a atividade realizada pelo juiz e a efetuada pelo parlamentar.

O respeito à inafastabilidade da jurisdição se dá à medida que os juízes se mostram abertos às finalidades da audiência pública e resolvem as controvérsias levando em consideração o que foi debatido pelos representantes sociais. Nesse sentido, não basta que o Poder Judiciário profira decisão, sendo necessário também que o julgamento se relacione com o desenvolvimento aberto do processo, dialogando com a sociedade civil que se fez

expressar por intermédio dos *amici curiae*. A inafastabilidade do Poder Judiciário, portanto, afigura-se exigência para a aproximação entre julgadores e sociedade civil, além de garantir a efetividade da própria jurisdição como forma de controle de expectativas sociais.

Todavia, diante do não respeito total aos requisitos listados acima e da atitude, evidenciada *in casu*, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de não valorizar a manifestação dos *amici curiae* como instrumento hábil para a construção de jurisdição constitucional mais aberta e mais próxima da sociedade civil, há de se concluir pela baixa efetividade da audiência pública vinculada à ADPF nº 186 e ao RE nº 597.285/RS. Com efeito, é mais provável que a audiência pública realizada *in casu* tenha sido utilizada como instrumento de mera retórica, agregando suposta legitimidade democrática à decisão do Supremo Tribunal Federal, do que como efetivo meios de densificar a democracia brasileira, permitindo a participação dos diversos segmentos sociais na hermenêutica constitucional e aproximando o Poder Judiciário da sociedade civil. Sem o comprometimento, tanto fora do Supremo Tribunal Federal, quanto dentro dele, de que se devem valorizar o pluralismo, o debate e a participação como elementos capazes de gerar decisão judicial mais acertada e melhor situada no tempo e no espaço, a audiência pública, como ocorreu no caso em análise, não terá mais que função meramente retórica.

É importante destacar, por fim, que as conclusões expostas anteriormente foram obtidas exclusivamente da análise da audiência pública vinculada à ADPF nº 186 e ao RE nº 597.285/RS. Desse modo, não é possível afirmar que existe posicionamento definitivo adotado pelo Supremo Tribunal Federal em todas as audiências públicas. Afinal, vários fatores, como a variação do objeto das audiências públicas, dos *amici curiae* admitidos a participar e dos Ministros que estiverem presentes, podem influenciar a forma com que o debate público realizado é visto pela Corte Constitucional. Outrossim, apenas posterior análise poderia revelar se, de fato, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a mesma abordagem desinteressada em relação às demais audiências públicas. Todavia, a análise realizada culminou, como já demonstrado, em resultados inquietadores e que destacam a necessidade de maior estudo do tema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 1 Ed. 5 Reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF nº 186. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 25 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF nº 186 e RE nº 597.285. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Notas taquigráficas da audiência pública. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

CABRAL, Antonio. **Os Efeitos Processuais da Audiência Pública**. In Boletim de Direito Administrativo: Doutrina - Pareceres - Jurisprudência - Legislação - Tribunais de Contas (Decisões e Orientações), Ano 22, n. 7 (Jul. 2006). São Paulo: Editora NDJ LTDA, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously. PP. 36, 141.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. de Manuel A. Domingues de Andrade. 4 Ed. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1987. PP. 111, 128, 167.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Participação democrática: audiências públicas**. In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. Coord. de Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 9 Ed. vol. 1. Petrópolis: Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2 Ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Gráfica de Coimbra LDA, 2007.

LIRA, Daiane Nogueira de. **A realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal como fator de legitimação da jurisdição constitucional**. In Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ano 37, n. 119 (Set. 2010). Porto Alegre: AJURIS, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. In Os Pensadores. 1 Ed. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial, 1973.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 Ed, Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAIS, Diogo. **A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal: O Caso das Audiências Públicas**. Prefácio de André Ramos Tavares. Belo Horizonte: Fórum, 2012. PP. 19-20, 23, 24, 29, 31, 33, 34, 37-38, 42, 56, 75, 77, 115-117, 130-131.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 Ed. 9 Tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANEXO A – Informações adicionais sobre o "perfil" dos *amici curiae*

Lista de habilitados a participar da audiência pública:

I. Alan Kardec Martins Barbiero - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES);

II. Antônio Sergio Alfredo Guimarães (Sociólogo e Professor Titular da Universidade de São Paulo) ou José Jorge de Carvalho (Professor da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador 1-A do CNPq. Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa - INCT) - Universidade de Brasília (UnB);

III. Carlos Alberto da Costa Dias - Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis;

IV. Carlos Eduardo Souza Gonçalves - Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA);

V. Carlos Frederico Mares de Souza Mares. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR - Fundação Nacional do Índio (FUNAI);

VI. Marcelo Henrique Romano Tragtenberg - Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);

VII. Cledisson Geraldo dos Santos Junior – Diretor da União Nacional dos Estudantes (UNE) - União Nacional dos Estudantes (UNE). Substituído por Augusto Canizella Chagas - Presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE);

VIII. Denise Fagundes Jardim. Professora do Departamento de Antropologia e Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);

IX. Ministro Edson Santos de Souza - Ministro da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR);

X. Eduardo Magrone – Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF);

XI. Erasto Fortes de Mendonça. Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH);

XII. Eunice Ribeiro Durham – Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP), Professora Titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente Professora Emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP;

XIII. Fábio Konder Comparato/Frei David Santos - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO);

XIV. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE);

XV. Flávia Piovesan. Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Fundação Cultural Palmares;

XVI. George de Cerqueira Leite Zahur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais;

XVII. Giovane Pasqualito Fialho - Recorrente do Recurso Extraordinário 597.285/RS – Representado por seu Advogado, Dr. Caetano Cuervo Lo Pumo;

XVIII. Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves - Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA);

XIX. Ibsen Noronha. Professor de História do Direito do IESB - Instituto de Ensino Superior Brasília – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE);

XX. João Feres. Mestre em Filosofia Política pela UNICAMP. Mestre e Doutor em ciência política pela *City University of New York* (CUNY) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ);

XXI. Jorge Luiz da Cunha - Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Substituído por Jânia Maria Lopes Saldanha - Professora da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM);

XXII. José Carlos Miranda - Movimento Negro Socialista;

XXIII. José Roberto Ferreira Militão – Conselheiro do Conselho Estadual de Desenvolvimento da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo (1987-1995);

XXIV. José Vicente ou representante - Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS);

XXV. Kabengele Munanga. Professor da Universidade de São Paulo (USP) - Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP);

XXVI. Leonardo Avritzer. Foi Pesquisador Visitante no *Massachusetts Institute of Technology* (MIT). Participou como amicus curiae do caso *Grutter v. Bollinger* – Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);

XXVII. Luiz Felipe de Alencastro. Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne - Fundação Cultural Palmares;

XXVIII. Marcos Antonio Cardoso - Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN);

XXIX. Maria Paula Dallari Bucci – Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Fundação Getúlio Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC);

XXX. Mário Lisboa Theodoro. Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA);

XXXI. Oscar Vilhena Vieira. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia. Pós-doutor pela *Oxford University*. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) - Conectas Direitos Humanos (CDH);

XXXII. Renato Hyuda de Luna Pedrosa/Professor Leandro Tessler - Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP);

XXXIII. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) - advogada do partido Democratas (DEM);

XXXIV. Serge Goulart - autor do livro “Racismo e Luta de Classes”, Coordenador da Esquerda Marxista – Corrente do PT, editor do jornal Luta de Classes e da Revista teórica América Socialista;

XXXV. Sérgio Danilo Junho Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá. Professor da UFMG e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, Canadá;

XXXVI. Sérgio Haddad. Mestre e Doutor em História e Sociologia da Educação pela Universidade de São Paulo. Diretor Presidente do Fundo Brasil de Direitos Humanos – Coordenador da Ação Educativa;

XXXVII. Sueli Carneiro. Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. *Fellow* da Ashoka Empreendedores Sociais. Foi Conselheira e Secretária Geral do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo - Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo;

XXXVIII. Yvonne Maggie – Antropóloga, Mestre e Doutora em Antropologia Social pela UFRJ - Professora de Antropologia da UFRJ. Substituída por George de Cerqueira Leite Zarur - LEITURA DE TEXTO;

XXXIX. Senador Demóstenes Torres - Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal;

XL. Wanda Marisa Gomes Siqueira – Advogada - Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais;

XLI. Denise Carreira - Doutoranda em Educação pela USP - Ação Educativa - Relatora Nacional para o Direito Humano à Educação;

XLII. José Roberto Ferreira Militão - Graduando de Ciências Sociais pela USP - Movimento Social;

XLIII. Senador Paulo Paim, filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT).

Amici curiae excluídos por serem partes formais do processo ou por não se terem manifestado na audiência pública:

XVII. Giovane Pasqualito Fialho - Recorrente do Recurso Extraordinário 597.285/RS – Representado por seu Advogado, Dr. Caetano Cuervo Lo Pumo;

XXXIII. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) - advogada do partido Democratas (DEM);

XXXIV. Serge Goulart - autor do livro “Racismo e Luta de Classes”, Coordenador da Esquerda Marxista – Corrente do PT, editor do jornal Luta de Classes e da Revista teórica América Socialista;

XXXIX. Senador Demóstenes Torres - Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Informações acerca do "perfil" dos *amici curiae*

Total: 38

Acadêmicos: 25 (66%)

- I. Alan Kardec Martins Barbiero - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES);
- II. Antônio Sergio Alfredo Guimarães (Sociólogo e Professor Titular da Universidade de São Paulo) ou José Jorge de Carvalho (Professor da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador 1-A do CNPq. Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa - INCT) - Universidade de Brasília (UnB);
- IV. Carlos Eduardo Souza Gonçalves - Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
- V. Carlos Frederico Mares de Souza Mares. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR - Fundação Nacional do Índio (FUNAI);
- VI. Marcelo Henrique Romano Tragtenberg - Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);
- VIII. Denise Fagundes Jardim. Professora do Departamento de Antropologia e Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);
- X. Eduardo Magrone – Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF);
- XI. Erasto Fortes de Mendonça. Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH);
- XII. Eunice Ribeiro Durham – Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP), Professora Titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente Professora Emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP;
- XV. Flávia Piovesan. Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Fundação Cultural Palmares;
- XVI. George de Cerqueira Leite Zahur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais;
- XIX. Ibsen Noronha. Professor de História do Direito do IESB - Instituto de Ensino Superior Brasília – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE);
- XX. João Feres. Mestre em Filosofia Política pela UNICAMP. Mestre e Doutor em ciência política pela *City University of New York* (CUNY) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ);
- XXI. Jorge Luiz da Cunha - Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM);
- XXV. Kabengele Munanga. Professor da Universidade de São Paulo (USP) - Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP);
- XXVI. Leonardo Avritzer. Foi Pesquisador Visitante no *Massachusetts Institute of Technology* (MIT). Participou como amicus curiae do caso *Grutter v. Bollinger* – Professor de Ciência Política da

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);
 XXVII. Luiz Felipe de Alencastro. Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne - Fundação Cultural Palmares;
 XXIX. Maria Paula Dallari Bucci – Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Fundação Getúlio Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC);
 XXX. Mário Lisboa Theodoro. Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA);
 XXXI. Oscar Vilhena Vieira. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia. Pós-doutor pela *Oxford University*. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) - Conectas Direitos Humanos (CDH);
 XXXII. Renato Hyuda de Luna Pedrosa/Professor Leandro Tessler - Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP);
 XXXV. Sérgio Danilo Junho Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá. Professor da UFMG e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, Canadá;
 XXXVII. Sueli Carneiro. Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. *Fellow* da Ashoka Empreendedores Sociais. Foi Conselheira e Secretária Geral do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo - Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo;
 XXXVIII. Yvonne Maggie – Antropóloga, Mestre e Doutora em Antropologia Social pela UFRJ - Professora de Antropologia da UFRJ;
 XLI. Denise Carreira - Doutoranda em Educação pela USP - Ação Educativa - Relatora Nacional para o Direito Humano à Educação.

Juízes: 2 (5%)

III. Carlos Alberto da Costa Dias - Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis;
 XIV. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE).

Movimentos sociais: 8 (21%)

XIII. Fábio Konder Comparato/Frei David Santos - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO);
 XVIII. Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves - Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA);
 XXII. José Carlos Miranda - Movimento Negro Socialista;
 XXIII. José Roberto Ferreira Militão – Conselheiro do Conselho Estadual de Desenvolvimento da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo (1987-1995);
 XXIV. José Vicente ou representante - Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS);
 XXVIII. Marcos Antonio Cardoso - Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN);
 XL. Wanda Marisa Gomes Siqueira – Advogada - Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais;
 XLII. José Roberto Ferreira Militão - Graduando de Ciências Sociais pela USP - Movimento Social.

Outros: 2 (5%)

VII. Cledisson Geraldo dos Santos Junior – Diretor da União Nacional dos Estudantes (UNE) - União Nacional dos Estudantes (UNE);
 IX. Ministro Edson Santos de Souza - Ministro da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPP).

Parlamentares: 1 (3%)

XLIII. Senador Paulo Paim, filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT).

Áreas de especialização dos acadêmicos

Antropologia: 5

- VIII. Denise Fagundes Jardim. Professora do Departamento de Antropologia e Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);
- XII. Eunice Ribeiro Durham – Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP), Professora Titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente Professora Emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP;
- XVI. George de Cerqueira Leite Zahur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais;
- XXV. Kabengele Munanga. Professor da Universidade de São Paulo (USP) - Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP);
- XXXVIII. Yvonne Maggie – Antropóloga, Mestre e Doutora em Antropologia Social pela UFRJ - Professora de Antropologia da UFRJ.

Ciência Política: 3

- XX. João Feres. Mestre em Filosofia Política pela UNICAMP. Mestre e Doutor em ciência política pela City University of New York (CUNY) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ);
- XXVI. Leonardo Avritzer. Foi Pesquisador Visitante no Massachusetts Institute of Technology (MIT). Participou como amicus curiae do caso Grutter v. Bollinger – Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);
- XXXI. Oscar Vilhena Vieira. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia. Pós-doutor pela Oxford University. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) - Conectas Direitos Humanos (CDH).

Direito: 3

- V. Carlos Frederico Mares de Souza Mares. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR - Fundação Nacional do Índio (FUNAI);
- XV. Flávia Piovesan. Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Fundação Cultural Palmares;
- XIX. Ibsen Noronha. Professor de História do Direito do IESB - Instituto de Ensino Superior Brasília – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE).

Economia: 2

- IV. Carlos Eduardo Souza Gonçalves - Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
- XXX. Mário Lisboa Theodoro. Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Educação e Políticas Públicas: 4

- XI. Erasto Fortes de Mendonça. Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH). XXIX. Maria Paula Dallari Bucci – Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Fundação Getúlio Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC);
- XXIX. Maria Paula Dallari Bucci – Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Fundação Getúlio Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC);
- XXXVII. Sueli Carneiro. Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais. Foi Conselheira e Secretária Geral do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo - Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo;

XLI. Denise Carreira - Doutoranda em Educação pela USP - Ação Educativa - Relatora Nacional para o Direito Humano à Educação.

Física: 1

VI. Marcelo Henrique Romano Tragtenberg - Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

História: 2

XXI. Jorge Luiz da Cunha - Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM);
XXVII. Luiz Felipe de Alencastro. Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne - Fundação Cultural Palmares.

Matemática: 1

XXXII. Renato Hyuda de Luna Pedrosa/Professor Leandro Tessler - Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

Medicina: 1

XXXV. Sérgio Danilo Junho Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá. Professor da UFMG e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, Canadá.

Sociologia: 3

I. Alan Kardec Martins Barbiero - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES);
II. Antônio Sergio Alfredo Guimarães (Sociólogo e Professor Titular da Universidade de São Paulo) ou José Jorge de Carvalho (Professor da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador 1-A do CNPq. Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa - INCT) - Universidade de Brasília (UnB);
X. Eduardo Magrone – Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Sentido da manifestação

A favor das cotas: 26

I. Alan Kardec Martins Barbiero - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES);
II. Antônio Sergio Alfredo Guimarães (Sociólogo e Professor Titular da Universidade de São Paulo) ou José Jorge de Carvalho (Professor da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador 1-A do CNPq. Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa - INCT) - Universidade de Brasília (UnB);
IV. Carlos Eduardo Souza Gonçalves - Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
V. Carlos Frederico Mares de Souza Mares. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR - Fundação Nacional do Índio (FUNAI);
VI. Marcelo Henrique Romano Tragtenberg - Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);
VII. Cledisson Geraldo dos Santos Junior – Diretor da União Nacional dos Estudantes (UNE) - União Nacional dos Estudantes (UNE). Substituído por Augusto Canizella Chagas - Presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE);
VIII. Denise Fagundes Jardim. Professora do Departamento de Antropologia e Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);
IX. Ministro Edson Santos de Souza - Ministro da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR);
XI. Erasto Fortes de Mendonça. Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH);

- XIII. Fábio Konder Comparato/Frei David Santos - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO);
- XV. Flávia Piovesan. Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Fundação Cultural Palmares;
- XVIII. Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves - Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA);
- XX. João Feres. Mestre em Filosofia Política pela UNICAMP. Mestre e Doutor em ciência política pela City University of New York (CUNY) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ);
- XXIII. José Roberto Ferreira Militão – Conselheiro do Conselho Estadual de Desenvolvimento da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo (1987-1995);
- XXIV. José Vicente ou representante - Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS);
- XXV. Kabengele Munanga. Professor da Universidade de São Paulo (USP) - Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP);
- XXVI. Leonardo Avritzer. Foi Pesquisador Visitante no Massachusetts Institute of Technology (MIT). Participou como amicus curiae do caso Grutter v. Bollinger – Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);
- XXVII. Luiz Felipe de Alencastro. Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne - Fundação Cultural Palmares;
- XXVIII. Marcos Antonio Cardoso - Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN);
- XXIX. Maria Paula Dallari Bucci – Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Fundação Getúlio Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC);
- XXX. Mário Lisboa Theodoro. Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA);
- XXXI. Oscar Vilhena Vieira. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia. Pós-doutor pela Oxford University. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) - Conectas Direitos Humanos (CDH);
- XXXVII. Sueli Carneiro. Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais. Foi Conselheira e Secretária Geral do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo - Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo;
- XL. Wanda Marisa Gomes Siqueira – Advogada - Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais;
- XLI. Denise Carreira - Doutoranda em Educação pela USP - Ação Educativa - Relatora Nacional para o Direito Humano à Educação;
- XLII. José Roberto Ferreira Militão - Graduando de Ciências Sociais pela USP - Movimento Social.

Contra as cotas: 7

- III. Carlos Alberto da Costa Dias - Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis;
- XII. Eunice Ribeiro Durham – Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP), Professora Titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente Professora Emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP;
- XVI. George de Cerqueira Leite Zahur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais;
- XVII. Giovane Pasqualito Fialho - Recorrente do Recurso Extraordinário 597.285/RS – Representado por seu Advogado, Dr. Caetano Cuervo Lo Pumo;
- XIX. Ibsen Noronha. Professor de História do Direito do IESB - Instituto de Ensino Superior Brasília – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE);
- XXII. José Carlos Miranda - Movimento Negro Socialista;
- XXXVIII. Yvonne Maggie – Antropóloga, Mestre e Doutora em Antropologia Social pela UFRJ - Professora de Antropologia da UFRJ;
- Substituída por george de Cerqueira Leite Zarur - LEITURA DE TEXTO.

Não se manifestam claramente: 5 (12,5%)

- X. Eduardo Magrone – Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF);
- XIV. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE);
- XXI. Jorge Luiz da Cunha - Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Substituído por Jânia Maria Lopes Saldanha - Professora da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM);
- XXXII. Renato Hyuda de Luna Pedrosa/Professor Leandro Tessler - Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP);
- XXXV. Sérgio Danilo Junho Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá. Professor da UFMG e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, Canadá.